Das Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Bernhard Horbach
Gerichtsreferendar
in Würzburg.

1938
Buch- und Kunstdruckerei Valentin Hissiger, Kitzingen a. Main

Referent:

Geheimer Justizrat Universitätsprofessor Dr. Heinrich Schanz.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einleitung 1

II. Die Entstehung des Eigentümer-Gesamt-Grundpfandrechtes 7
1. Bestellung als Eigentümer-Gesamt-Grundpfandrecht 7
2. Fälle, in denen das als Fremdgrundpfandrecht bestellte Gesamtpfandrecht von vornherein zeitweilig oder dauernd Eigentümer-Gesamtpfandrecht ist 7
a) Nichtentstehen der Forderung, für welche die Gesamthypothek bestellt ist 7
b) Nichtübergabe des Briefes an den Gläubiger, wenn das Gesamtpfand Briefpfand ist 10
3. Fälle, in denen sich das als Gläubigerpfand bestellte Grundpfandrecht nachträglich in ein Eigentümerpfand verwandelt 11
a) Erlöschen der Forderung 12
b) Verzicht des Gläubigers auf das Gesamt-Grundpfandrecht . . . 15
c) Ausschluß des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 . . . 18
d) Vereinigung von Grundpfandrecht und Grundeigentum in einer Person 20
4. Art und Weise der Entstehung; Grundbuchberichtigung 20

III. Das Gemeinschaftsverhältnis 22
1. Der Streit um die Rechtnatur im allgemeinen 22
2 Die einzelnen Ansichten im Schrifttum 23
a) Gemeinschaft zur gesamten Hand 23
b) Gemeinschaft nach Bruchteilen 26
c) Gemeinschaft besonderer Art 28
3. Eigene Stellungnahme 29
4. Folgerungen 36

IV. Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft 39
1. Zulässigkeit und Umfang 39
2. Zeitpunkt der Wertberechnung 40
a) Entstehung des Rechts 41
b) Teilung des Rechts 42
c) Eigene Stellungnahme 43
3. Abzuziehende Belastungen 45
4. Abweichende Vereinbarungen 47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549803_0084

Literaturverzeichnis.

Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung, III., Sachenrecht, 1. Abt., Rechte an Grundstücken, Stuttgart 1904.

Biermann, Die Einheitlichkeit der Gesamthypothek, in Recht 1905, S. 265.

Biermann, Das Sachenrecht des BGB, 3. Aufl., Berlin 1904.

Binder, Die Eigentümer-Gesamtgrundschuld als reine Eigenschuld, in Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins (Bay. Not. V.) Bd. 29, S. 218.

Böhm, Das materielle und das formelle Grundbuchrecht, Hannover 1908.

Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld, sowie die Hypothek am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung, Berlin (Vahlen) 1908.

Bruck, Die Eigentümerhypothek, in den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß von Otto Fischer, 10. Bd., Berlin 1903 (Jüd. Schriftst.)

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. II. 1, 5. Aufl., Jena 1922/24.

Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III, Berlin 1905.

Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst drei Anlagen, Berlin 1896.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. und 9. Aufl., Berlin 1905.

Enneccerus-Nipperdey, Einleitung und allgemeiner Teil, Bd. 1 des Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff, 13. Bearbeitung, Marburg 1931.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (I. Lesung), amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, II. Lesung, auf amtliche Veranlassung, Berlin 1895.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, in der Fassung der Bundesratsvorlage, auf amtliche Veranlassung, Berlin 1898.

Fuchs, Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des BGB und zur GBO, Berlin 1901—03.

Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurs, Leipziger Dissertation 1911.

Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Sachenrecht, Leipzig 1905.

Goldmann und Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, Sachenrecht, Berlin 1912 (Jüd. Schriftst.).

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, I. Bd., 3. Aufl., Berlin 1913.

Hachenburg Vortr., Das GBG für das Deutsche Reich, Vorträge, 2. Aufl., Mannheim 1900 (Jüd. Schriftst.).

Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB für das Deutsche Reich (II. Lesung), Mannheim 1905 (Jüd. Schriftst.).

Hagemann, Die Zerlegung der Gesamthypothek in Einzeleigentümerhypotheken, in Gruchots Beiträgen Bd. 53, S. 44 ff.

Hirschfeld, Beiträge zum Pfandrecht am eigenen Grundstücke, Berlin 1914.

Horn, Die Eigentümerhypothek, in den Leonhard'schen Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 19.

Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek, in der Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903.

Kreß, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des BGB, Leipzig 1906.

Kuhlenbeck, Das BGB für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, I. Bd., Berlin 1899.

Lang, Die Gesamthypothek, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 89, S. 292 ff.

Lindemann-Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, II. Bd., Berlin, Stuttgart und Leipzig 1921.

Maenner, Sachenrecht, 2. neub. Aufl., München 1906.

Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 6. und 7. Aufl., Berlin 1914.

Meisner, Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz nebst Kommentar, Breslau 1898.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. III, Sachenrecht, amtliche Ausgabe, 2. unveränd. Aufl., Berlin 1896.

Neumann, Handausgabe des BGB für das Deutsche Reich, I. Bd., 6. Aufl., Berlin 1912.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht unter Berücksichtigung der Ausführungsbestimmungen sämtlicher Bundesstaaten, insbesondere derjenigen Preußens, 3. Aufl., Berlin 1904 (Jüd. Schriftst.).

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, III. Bd., Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.

Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. neub. Aufl., Berlin 1913.

Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1899.

Puntschart, Pfandrecht an eigener Sache, in der Festgabe für Karl von Amira. Berlin 1908.

RGR Komm., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten, III. Bd., 8. Aufl., Berlin und Leipzig 1934.

Sekler, Die Lehre von der Vormerkung nach dem neuen Reichsrecht, München 1904.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum Einführungsgesetz 10 neub. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1936.

Siméon-David, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, I. Bd., zweite Hälfte, Sachenrecht ff., 14. und 15. Aufl., Berlin 1929.

Steiner, Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 mit besonderer Berücksichtigung der bayerischen Ausführungsbestimmungen und mit Beispielen, 5. neub. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1935.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken, Berlin 1908.

Tuhr, Der allgemeine Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd., Leipzig 1910.

Türcke, Das BGB nebst EG und Nebengesetzen, II. Bd., 2. Aufl., Leipzig, Berlin und Stuttgart 1905.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Ausführungsbestimmungen, I. Bd., 3. Aufl., Paderborn 1906.

Walsmann, Der Verzicht, Leipzig 1910.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Tübingen 1932.

Willenbücher, Das Liegenschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Reichsgrundbuchordnung, Berlin 1904.

Wolff, Sachenrecht, Bd. III des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff, 9. Bearbeitung, Marburg 1932 (Jüd. Schriftst.).

Rechtsprechung.

FG = Entscheidungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

KG(J) = Entscheidungen des Kammergerichts von Johow.

OLG = Entscheidungen der Oberlandesgerichte, in der Sammlung von Mugdan und Falkmann.

RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Zeitschriften.

DRZ = Deutsche Richterzeitung.

Gruch. = Gruchots Beiträge.

JW = Juristische Wochenschrift.

Seuff. = Seuferts Archiv.

ZBlfFG = Zentralblatt für Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Paragraphenbezeichnungen ohne Zusatz beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

I. Einleitung.

Pfandrechte belasten regelmäßig eine fremde Sache. Unter gewissen Umständen kann jedoch ein Pfandrecht auch an der eigenen Sache entstehen, dies allerdings grundsätzlich nur bei Pfandrechten an Grundstücken[1]). In der Rechtslehre werden die Pfandrechte an Grundstücken mangels einer einheitlichen Bezeichnung der verschiedenen Anwendungsformen im BGB (Hypothek, Grund- und Rentenschuld) unter dem Namen Grundpfandrechte[2]) oder Immobiliarpfandrechte zusammengefaßt. Überdies zeigt sich die innere Gleichheit der hier erörterten Grundstücksbelastungen darin, daß unter ihnen jede beliebig in eine andere verwandelt werden kann, ohne daß die Nachberechtigten zustimmen müssen (§§ 1116 Abs. 1 Satz 2, 1116 Abs. 3, 1186, 1198, 1203). Pfandrechte an eigenen Grundstücken sind die Eigentümer-Hypothek und die Eigentümer-Grundschuld, bzw. Eigentümer-Rentenschuld. Diese Eigentümer-Grundpfandrechte geben dem Eigentümer (wie die Pfandrechte an fremden Sachen dem Gläubiger) das dingliche Recht, bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück den auf das Pfandrecht fallenden Teil des Erlöses für sich zu beanspruchen, und verhindern im übrigen ein Aufrücken der Nachmänner. Der wirtschaftliche Zweck der Eigentümer-Grundpfandrechte ist damit klar und eindeutig umrissen; die Rechtsnatur ist allerdings sehr umstritten[3]). Man wird jedoch in ihnen, ungeachtet der vielfältigen Versuche zur Bestimmung ihres Wesens, echte Pfandrechte an der eigenen Sache erblicken dürfen, wenn auch gelegentlich aus der Natur der Sache Abweichungen vom Regelfall sich ergeben[4]).

Ein Eigentümer-Grundpfandrecht kann nach der Vorschrift des § 1196 in der Rechtsform der Eigentümer-Grundschuld durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung in das Grundbuch bestellt werden. Der Eigentümer vermag so für sich ein Grundpfandrecht eintragen zu lassen. Eine solche Möglichkeit der Entstehung eines Eigentümer-Grundpfandrechtes ist jedoch im System des Grundstücksrechts als Sonderfall anzusehen, da hier vor allem von dem sonst im Liegenschaftsrecht allgemein herrschenden materiellen Konsensprinzip abgewichen ist. Dieses verlangt zur wirksamen Begründung und Übertragung von Grundstücksrechten (Eigentum, Pfandrechten) außer der Eintragung in das Grundbuch eine wirksame dingliche

[1]) Eine Ausnahme macht indes der § 1256 BGB, der im Falle des Zusammentreffens von Mobiliarpfandrecht und Eigentum in einer Person den Fortbestand des Pfandrechts seines Eigentümers annimmt, soweit dieser hieran ein rechtliches Interesse hat.

[2]) Vgl. Wolff, § 130 II, S. 459.

[3]) Vgl. Fuld, S. 1 ff.; Gierke, S. 921 ff.; Kindel, S. 77; Puntschart, S. 126; Predari, S. 217; Staudinger, 5 zu § 1177, S. 1329; Wolff, § 147, S. 538; RG 60/254; KGJ 27 A 131; Gruch. 47/306 ff.

[4]) Es sei an dieser Stelle z. B. auf § 1197 hingewiesen, demzufolge der Eigentümer vor allem nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben kann.

Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die Rechtsänderung. Von dem Erfordernisse der Einigung muß aber hier um deswillen abgesehen werden, weil sie der Natur des § 1196 nach wegen Fehlens eines Vertragsgenossen schlechterdings unmöglich ist.

Eigentümer-Grundpfandrechte entstehen sodann bei dem Bestreben, Fremdgrundpfandrechte, d. h. Fremdhypotheken oder -grundschulden, zu bestellen.

Hier taucht zunächst die Frage auf, ob das Prinzip des Eigentümerpfands auch durchgreifen soll, wenn eine eingetragene Hypothek oder Grundschuld als solche unwirksam ist, etwa wegen mangelnder Einigung oder wegen Nichtigkeit des dinglichen Vertrags infolge Scheingeschäfts (§ 117), Geschäftsunfähigkeit eines Teiles (§ 105 Abs. 1), Anfechtung auf Grund Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung (§§ 119, 123, 142). Bei der zweiten Lesung des Entwurfs zum BGB[5]) wurde ein Antrag auf Zulassung einer Eigentümer-Hypothek für diesen Fall ausdrücklich abgelehnt, „da er auf einer Überspannung des Prinzips beruhe." Dem ist zuzustimmen. Als Ergebnis rechtfertigt sich folgende Feststellung: Voraussetzung für die Entstehung eines Eigentümers-Grundpfandrechtes ist in erster Linie das Vorliegen eines rechtsgültigen Grundpfandrechts überhaupt; wo kein dingliches Recht entstanden ist, kann auch kein Eigentümerpfand vermittelt werden[6]).

Von vornherein entsteht nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine Eigentümer-Hypothek, solange die Forderung (§ 1113 Abs. 1) nicht zur Entstehung gelangt ist, ferner nach § 1163 Abs. 2, solange bei der Briefhypothek dem Hypothekengläubiger der Hypothekenbrief noch nicht übergeben (§ 1117) ist. Bei der Grundschuld muß der Fall des § 1163 Abs. 1 Satz 1 um deswillen außer Betracht bleiben, weil sie begrifflich keine Forderung voraussetzt, wenn ihr auch zumeist tatsächlich eine Forderung zugrundeliegt; § 1163 Abs. 2 findet dagegen ohne weiteres auf sie Anwendung.

Nachträglich können sich Fremdhypotheken, bzw. Fremdgrundschulden in ein Eigentümerpfand verwandeln, und zwar nach § 1163 Abs. 1 Satz 2, wenn die der Hypothek zugrundeliegende Forderung erlischt — abgesehen von einigen Ausnahmen, auf die später im Zusammenhang ausführlich eingegangen werden wird — oder die Grundschuld abgelöst wird, ferner gemäß § 1168 bei Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek (ohne die Forderung), bzw. Grundschuld und nach §§ 1170, 1171, wenn der unbekannte Hypothek- oder Grundschuldgläubiger im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen wird. Der Eigentümer erwirbt hier das Grundpfand grundsätzlich ohne weiteres mit dem Eintritt der gesetzlichen Voraussetzungen. Beim Ausschluß des Gläubigers im Wege des Aufgebotsverfahrens ist maßgebend der Zeitpunkt der Erlassung des Ausschlußurteils, im Falle des § 1171 jedoch nur, falls nicht nach Hinterlegungsvor-

[5]) Protokolle 3, S. 603 ff.

[6]) So die herrschende Lehre; vgl. Biermann, 6 zu § 1163 S. 372; Planck, 2 zu § 1163, S. 968; RGRKomm., 1 zu § 1163, S. 614; Staudinger, 12 zu § 1163, S. 1269 (mit weiteren Literaturangaben); Strecker, S. 52; RG 60/254, 68/101, 70/356; KGJ 27 A 138; OLG 11/114, 15/339; JW 03/Beil. 50; Anb. M.: Wolff, § 145 I 3 S. 531 ff. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

schriften (§§ 372 ff.) die Befriedigung des Gläubers bereits in einem früheren Zeitpunkt eingetreten ist (§§ 1170 Abs. 2, 1171 Abs. 2). Letztere Rechtsfolge ergibt sich regelmäßig, wenn die Hinterlegung unter Rücknahmeverzicht erfolgt ist (§ 378); die Hypothek oder Grundschuld geht dann bereits mit diesem Augenblick auf den Eigentümer über und zwar nach § 1163 Abs. 1 Satz 2.

Dazu kommt der Fall des § 889 BGB. Die Hypothek oder Grundschuld geht auf den Eigentümer auch über, wenn dieser die Belastung oder der Gläubiger das Eigentum am Grundstück erwirbt, z. B. im Wege des Erbgangs. Ist bei einer Hypothek, die mit dem Eigentum in einer Person zusammentrifft, der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so geht durch die Vereinigung regelmäßig auch die Forderung unter und der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer vollzieht sich schon nach § 1163 Abs. 1 Satz 2.

Schließlich findet noch ein Übergang einer Hypothek auf den Eigentümer im Falle des § 868 ZPO statt. Eine Zwangshypothek wird vom Eigentümer erworben, wenn die prozessualen Grundlagen für ihre Eintragung nachträglich in Wegfall kommen.

Auf Grund einer Vormerkung auf Einräumung einer Hypothek oder Grundschuld kann ein Eigentümer-Grundpfandrecht nicht entstehen, weil die Vormerkung kein Recht an einem Grundstück ist[7]). Gemäß ihrer Natur als Sicherungsmittel steht und fällt die Vormerkung mit dem obligatorischen Anspruch, zu dessen vorläufiger Sicherung sie bestimmt ist. Gelangt der Anspruch endgültig nicht zur Entstehung oder erlischt er später, so wird die Vormerkung gegenstandslos und kann infolgedessen kein Eigentümerpfand mehr vermitteln.

In den Fällen, in denen dem Eigentümer eine Hypothek als Eigentümerpfand zufällt oder zusteht, liegt eine echte Eigentümer-Hypothek nur vor, wenn dem Eigentümer neben dem dinglichen Recht auch die Forderung gebührt. Dies trifft vor allem zu, wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger befriedigt; hier geht die Forderung gegen den persönlichen Schuldner und damit die Hypothek auf den Eigentümer über (§§ 1143, 1153 Abs. 1). Eine gleiche Rechtslage ergibt sich bei Erlassung eines Ausschlußurteils, die nach § 1171 als Befriedigung des Gläubigers wirkt, sowie bei Vereinigung von Hypothek und Eigentum nach § 889, falls Eigentümer und persönlicher Schuldner nicht identisch sind. Man spricht hier auch von einer Hypothek des Eigentümers oder forderungsbekleideten Eigentümerhypothek. Die Rechte des Eigentümers bestimmen sich aber, solange Hypothek und Eigentum in einer Hand vereinigt sind, nach den für eine Grundschuld des Eigentümers geltenden Vorschriften (§ 1177 Abs. 2); insbesondere greift § 1197 hier Platz.

Dagegen ist die Eigentümerhypothek, die nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2, § 1168 und 1170, ferner nach § 1171, falls bei der als Befriedigung des Gläubigers wirkenden Erlassung des Ausschlußurteils Iden-

[7]) Vgl. Biermann, S. 167; Neumann, S. 453; Staudinger, 28 zu § 1163, S. 1275; 39 zu § 883, S. 184; 65 zu § 883, S. 193; OLG 5/390, 14/69; RG 65/260 ff., 83/437, 113/403, 116/239, 118/234, 120/115, 129/184, 132/419; JW 16/168; ZBlfFG. 5/40; And. M.: Bruck, S. 170; Kindel, S. 167.

tität von Eigentümer und persönlichem Schuldner vorliegt, sowie nach § 868 ZPO entsteht, rechtlich eine Grundschuld (§ 1177), da dem Eigentümer keine Forderung zukommt. Die Grundschuld hat aber im übrigen den gleichen Inhalt wie die Hypothek, an deren Stelle sie getreten ist. Deshalb bleiben in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsorts die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend (§ 1177 Abs. 1 Satz 2).

Ein Grundpfandrecht kann auch als Gesamtpfand auf mehreren Grundstücken lasten.

Es entsteht von vorneherein dadurch, daß mehrere Grundstücke mit einer Hypothek für die nämliche Forderung oder mit derselben Grundschuld rechtsgeschäftlich belastet werden. Es kann auch nachträglich ein Grundstück einer Hypothek oder Grundschuld unterstellt werden, die bereits auf einem anderen Grundstück ruht. Eine Einzelhypothek oder -grundschuld verwandelt sich von selbst in ein Grundpfandrecht, wenn das belastete Grundstück in mehrere Teilstücke zerlegt wird.

Ob eine Gesamthypothek bzw. -grundschuld im Sinne des § 1132 durch eine Zuschreibung nach §§ 1131, 890 Abs. 2 entstehen kann, war früher umstritten; jetzt geht die überwiegende Meinung dahin, daß kein Gesamtpfand begründet wird, da das belastete Grundstück infolge der Zuschreibung als ein einheitliches zu gelten hat[8]).

Steht ein Grundstück im Miteigentum mehrerer Eigentümer, so ist damit das darauf ruhende Grundpfand noch kein Gesamtpfand, da doch nur ein Grundstück belastet ist. Es entsteht jedoch nach herrschender Ansicht[9]) eine Gesamthypothek, bzw. -grundschuld mit all ihren rechtlichen Folgen, wenn die Miteigentumsanteile gesondert verpfändet werden.

Das Wesen der Gesamthypothek (und damit der Gesamtgrundpfandrechte überhaupt) liegt darin, daß der Geldbetrag, für welchen die mehreren Grundstücke einzustehen haben, nur einmal verlangt werden kann[10]); die Belastung jedes einzelnen Grundstücks erfolgt unter der auflösenden Bedingung[11]), daß sie erlischt, wenn der Gläubiger seine Befriedigung aus einem der mitverhafteten Grundstücke erlangt. Dadurch, daß der Gläubiger eines oder einzelne der Grundstücke in Anspruch nimmt, ohne jedoch volle Befriedigung zu erlangen, verliert er nicht das Recht, wegen des Restbetrags auch noch die anderen Grundstücke heranzuziehen (§ 1132 Abs. 1 Satz 2).

---

[8]) Vgl. Lang, S. 253 ff.; Planck, 4a zu § 1131, S. 849; Staudinger, 2 zu § 1131, S. 1150 und das dort angeführte Schrifttum.

[9]) Biermann, S. 565; Fuchs, I zu § 1132, S. 433; Kretzschmar, Ic zu § 1132, S. 480; Lang, S. 253; Planck, 1a zu § 1132, S. 850; Predari, zu § 49 GBO, S. 665; RGRKomm., 1 zu § 1132, S. 553; Staudinger, 24 zu § 1132, S. 1159; Turnau-Förster, S. 815; RG 52/360, 81/83; JW 36/1041; KGJ 30 A 260.

[10]) Vgl. auch Protokolle 3, 568, 573, 574; 4, S. 504, 513; Staudinger, 11 zu § 1172, S. 1156, 7 zu § 1181, S. 1356.

[11]) Predari, S. 667 sagt: Die hier begrifflich eingeschlossene Bedingung ist als eine Rechtsbedingung aufzufassen.

Aus dem Wesen des Gesamtpfandes ergibt sich eine Reihe von rechtlichen Folgerungen.

So ist bei der Gesamthypothek wesentlich die Identität der Forderung, für welche die einzelnen Grundstücke haften. Dieser Fall liegt nicht vor, wenn von mehreren Gesamtschuldern (§ 421) jeder an seinem Grundstück für die gegen ihn gerichtete Forderung dem Gläubiger eine Hypothek bestellt[12]). Auch die Hypothek für eine Darlehensforderung und die durch einen Bürgen zur Sicherung der Bürgschaftsforderung als solcher bestellte Hypothek bilden keine Gesamthypothek. Hier liegen selbständig nebeneinanderstehende Einzelhypotheken des Gläubigers vor. Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn der Bürge für die Darlehensforderung unmittelbar eine Hypothek bestellt[13]). Ebenso muß bei einer Gesamtgrundschuld die Belastung der mehreren Grundstücke den nämlichen Inhalt haben.

Wesentliches Erfordernis der Gesamthypothek, bzw. -grundschuld ist ferner die Identität des Pfandgläubigers. Das Wesen des Gesamtpfands schließt Maßnahmen aus, die eine Vervielfältigung des dinglichen Rechtes herbeizuführen geeignet sind[14]). Der Gläubiger kann deshalb nicht die Hypothek oder Grundschuld an einem Grundstück übertragen, an einem anderen jedoch für sich behalten; ebensowenig vermag er sie an verschiedene Personen abzutreten[15]). Verschiedene Belastung des Rechtes ist gleichfalls ausgeschlossen[16]). Ebenso verhält es sich mit der Pfändung, durch die der Gläubiger ein Pfandrecht nur an dem Gesamtgrundpfandrecht zu erlangen vermag (§ 804 ZPO); eine Pfändung, die sich lediglich auf das Recht an einem oder einzelnen Grundstücken erstreckt, ist nichtig[17]).

Die Belastung muß schließlich für alle Grundstücke von der gleichen Art sein. Andernfalls würden innerhalb des einheitlichen Grundpfandrechts verschiedene Gesetzesvorschriften für die einzelnen belasteten Grundstücke Platz greifen können; z. B. beim Erwerb (§ 1117), bei der Abtretung (§ 1154 Abs. 1 u. 3), bei der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die persönliche Forderung (§§ 1138, 1156, 1184, 1185 Abs. 2). Die Gesamthypothek kann also nicht auf dem einen Grundstück als Verkehrs-, auf dem anderen als Sicherungshypothek, nicht auf einem Grundstück als Brief-, auf dem anderen als Buchhypothek eingetragen werden. Ebenso ist es nicht angängig, daß die Belastung auf dem einen Grundstück eine Hypothek, auf dem anderen aber eine Grundschuld darstellt[18]).

---

[12]) RG HRR 1931 Nr. 1653.

[13]) Planck, 1 b zu § 1132, S. 851; Predari, S. 666; RGRKomm, 2 zu § 1132, S. 554; Staudinger, 12 zu § 1132, S. 1156.

[14]) Planck, 1 b zu § 1132, S. 851; RGRKomm., 3 zu § 1132, S. 556; Staudinger, 19 zu § 1132, S. 1157.

[15]) RG 63/74; OLG 12/289; KGJ 44/187.

[16]) RGRKomm., 3 zu § 1132, S. 556; RG 63/74; KGJ 39 A 248; OLG 12/289.

[17]) RGRKomm., 3 zu § 1132, S. 556; KGJ 33 A 297; 44/182; JW 06/309; FG 08/136; Seuff. 73/271.

[18]) Vgl. Gierke, § 167, S. 935; Hachenburg Beitr., S. 10; Lang, S. 322; der aber Hypothek und Grundschuld zuläßt; Neumann, II zu § 1132, S. 904; Planck, 4 a zu

Zulässig ist dagegen die Veräußerung eines mit einem Gesamtpfand belasteten Grundstücks, auch ohne die Zustimmung des Pfandgläubigers, da der Erwerber die dingliche Haftung für die auf dem Grundstück eingetragene Hypothek oder Grundschuld übernimmt. Nicht erforderlich ist ferner gleicher Rang des Gesamtpfandes auf allen Grundstücken [19]), was überdies durch die Vorschrift in § 1172 Abs. 2 Satz 2 bestätigt wird. Nicht ausgeschlossen ist schließlich, daß in Ansehung der einzelnen Grundstücke mit deren Eigentümern verschiedenartige Zahlungs-, Kündigungs- und Verzinsungsbedingungen vereinbart werden [20]), zumal es sich um Nebenabreden handelt, die den Zweck verfolgen, das wegen ungünstigen Ranges auf dem einen oder anderen Grundstück größere Risiko auszugleichen.

Auch beim Gesamtgrundpfandrecht findet das Eigentümerpfandrecht Verwertung. Es tritt in der Gestalt des Eigentümer-Gesamtgrundpfandrechtes auf. Das Gesamtgrundpfandrecht steht den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu. Befinden sich die belasteten Grundstücke sämtlich im Eigentum einer und derselben Person, so erwirbt diese das Gesamtpfandrecht. Letzterer Fall bietet nichts besonderes. Die Vorschriften des BGB stellen, soweit sie sich mit dem Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht befassen (§§ 1172 ff., 1175), auf die erstgenannte Form ab. Im einzelnen gibt jedoch die gesetzliche Regelung zu Zweifeln Anlaß.

Es soll daher im folgenden versucht werden, das Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht systematisch darzustellen und dabei insbesondere das zwischen den mehreren Eigentümern bestehende Gemeinschaftsverhältnis klarzulegen.

---

§ 1132, S. 855; Predari, S. 666; RGRKomm., 3 zu § 1132, S. 555; Staudinger, 16 zu § 1132, S. 1157; Wolff § 148 III, S. 542; vgl. auch RG 70/245; 77/175; 98/111; KGJ 40 A 299; OLG 10/100; 20/413; Seuff. 56 Nr. 251; JW 12/38.

[19]) Vgl. RGRKomm., 3 zu § 1132, S. 556, der sagt: „Dagegen ist eine Änderung des Ranges bei den einzelnen Hypothekenrechten zulässig, da ihr Rangverhältnis zu anderen Rechten an den einzelnen Grundstücken nicht das Wesen der Gesamthypothek berührt."

[20]) Vgl. Planck, 1 b zu § 1132, S. 851; Crome, § 481, S. 779; Staudinger, 17 zu § 1132, S. 1157; Änd. M. RGRKomm., 2 zu § 1132, S. 554; Wolff § 148 III, S. 542; KGJ 40/299.

II. Die Entstehung des Eigentümer-Gesamtgrundpfandrechtes.

1. Bestellung als Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht.

Der § 1196 gestattet die Begründung einer Eigentümer-Einzelgrundschuld durch einseitige Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und Eintragung in das Grundbuch. Dagegen ist im Gesetz nicht auch die Frage geregelt, ob eine Gesamtgrundschuld in dieser Weise bestellt werden kann. Keine Bedenken bestehen gegen ihre Begründung, wenn die Grundstücke einer und derselben Person zu Eigentum gehören. Die Fragestellung bezieht hauptsächlich auf den Fall, daß die Grundstücke Eigentum mehrerer voneinander unabhängiger Eigentümer sind. Hier ist die Zulässigkeit der Bestellung einer Eigentümer-Gesamtgrundschuld zu verneinen.

So läßt das Kammergericht[1]) die Eintragung einer Eigentümer-Gesamtgrundschuld auf Grund eines Urteils nicht zu, durch das die Eigentümer mehrerer Grundstücke verurteilt wurden, auf ihrem Grundbesitz die Eintragung einer (Gesamt-) Grundschuld zu bewilligen. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, daß ein solches Gesamtrecht an mehreren Grundstücken nach §§ 1132, 1192 Gleichheit des Gläubigers[2]) erfordert.

2. Fälle, in denen das als Fremdgrundpfand bestellte Gesamtpfandrecht von vorneherein zeitweilig oder dauernd Eigentümer-Gesamtpfandrecht ist.

Sie entsprechen jenen des Eigentümer-Einzelgrundpfandrechts. In Betracht kommen:

a) Nichtentstehen der Forderung, für welche die Gesamthypothek bestellt ist (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 S. 1).

Eine Einzelhypothek steht nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 dem Eigentümer zu, solange die Forderung, für welche die Hypothek bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt ist. Gleiches gilt nach § 1172 Abs. 1 für die Gesamthypothek. Aus welchem Grunde die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, darauf kommt es nicht an.

---

[1]) Vgl. KG in DRZ 29 Nr. 827.

[2]) Binder a. a. O., S. 218 setzt in seiner Abhandlung offenbar die Möglichkeit der Bestellung einer Eigentümer-Gesamtgrundschuld nach § 1196 voraus, ohne sie jedoch zu begründen.

Hier einschlägige Fälle sind[3]):

Das durch die Gesamthypothek zu sichernde Darlehen wurde weder ausbezahlt noch durch Umwandlungsvereinbarung wirksam begründet. Nach § 607 Abs. 1 ist nur, wer „Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat", bzw. kraft Vereinbarung nunmehr als Darlehen schuldet (§ 607 Abs. 2) — im gegenwärtigen Falle kommt lediglich „Geld" in Betracht — zur Rückerstattung verpflichtet. Erst dann hat der Gläubiger eine Forderung, die jedoch unter den zugrundegelegten Umständen nicht zur Entstehung gelangt ist.

Bei einer aufschiebend bedingten Forderung [nicht Hypothek[4])] ist die Bedingung ausgefallen (gleichbedeutend damit der Fall, daß ihr Eintritt unmöglich ist). Denn nach § 158 Abs. 1 tritt die von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst „mit dem Eintritt" der Bedingung ein. Ist die Bedingung dagegen endgültig ausgefalllen, so steht damit fest, daß die Forderung nicht entstanden ist.

Ist das Rechtsgeschäft, dem die Forderung entspringen sollte, nichtig [etwa wegen Verstoßes degen die guten Sitten[5])], ohne daß zugleich die Einigung über die Entstehung des dinglichen Rechtes, der Hypothek, von der Nichtigkeit mitbetroffen wird[6]), so ist eine Forderung nicht entstanden.

Als nicht entstanden gilt ferner eine Forderung, die einem (z. B. wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder Drohung, §§ 119, 123) anfechtbaren Rechtsgeschäft entstammte, vorausgesetzt, daß die Anfechtung wirksam erfolgt ist; denn nach § 142 ist das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen und zieht daher auch nicht die von ihm beabsichtigten Rechtswirkungen, insbesondere die Entstehung einer rechtsgültigen Forderung, nach sich.

Wird schenkungsweise die Zahlung einer Geldsumme und zugleich für die Forderung die Eintragung einer Hypothek versprochen, ohne daß hierbei die vorgeschriebene Form (§ 518 Abs. 1) gewahrt ist, und die Hypothek alsdann eingetragen, so ergibt sich folgende Rechtslage: Soweit sich das Schenkungsversprechen auf die Eintragung der Hypothek bezieht, ist es gemäß § 518 Abs. 2 wirksam vollzogen [die dingliche Einigung bedarf keiner Form[7])], nicht aber, soweit es die persönliche Forderung berührt. In dieser Richtung tritt Heilung des Formmangels nur durch Bewirkung der versprochenen Leistung, d. i. Zahlung der Geldsumme, ein; die Eintragung der Hypothek ist damit nicht gleichzusetzen, da diese nur zur Sicherung der Forderung aus dem Leistungs-

[3]) Vgl. hierzu Biermann, 1a zu § 1163, S. 371; Crome, § 474, S. 739; Hachenburg Beitr., S. 14, Meisner, 1 zu § 1163, S. 251; Neumann, II zu § 1163, S. 936; Planck, 3 zu § 1163, S. 971; Puntschart, S. 124; RGRKomm., 2 zu § 1163, S. 615; Siméon-David, § 104 VI 2a, S. 206; Staudinger, 10 ff. zu § 1163, S. 1268 ff.; Willenbücher, II zu § 1163, S. 210.

[4]) Vgl. Wolff § 134 I S. 478. Ist die Hypothek bedingt und die Bedingung ausgefallen, dann liegt überhaupt keine Hypothek vor.

[5]) Vgl. RG 68/101, 71/435; JW 1909/683, 1912/632, 853.

[6]) Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Hypothekenbestellung ein wucherisches Grundgeschäft zugrundeliegt; denn durch § 138 Abs. 2 ist auch die „Gewährung" wucherischer Vermögensvorteile für nichtig erklärt. vgl. RGRKomm., 2 zu § 1163, S. 616 (strittig); wie dargelegt RG 57/97; JW 1906/736. 13/540.

[7]) Vgl. RG 88/370.

versprechen dienen soll. Die Forderung ist also nach §§ 518 Abs. 1, 125 nichtig [8]).

Hat ein in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter (§§ 106, 114) einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung seines gesetzlichen Vetreters abgeschlossen, so ist dieser Vertrag zunächst schwebend unwirksam (§ 108, bzw. §§ 114, 108). Wird die zur Heilung des Schwebezustandes nötige Genehmigung endgültig nicht erteilt, so ist der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, eine Forderung demnach auch nicht entstanden. Gleiches gilt, wenn bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1437 ff.) der Ehemann ohne die Zustimmung der Frau ein Schenkungsversprechen — unter Einhaltung der zwingenden Form (§ 518) — abgibt und dafür eine Hypothek eintragen läßt (§§ 1446, 184) [9]).

Wird eine Hypothek für eine noch nicht bestehende, also eine künftige Forderung bestellt, so steht sie kraft Gesetzes von vorneherein als Grundschuld dem Eigentümer zu; eine derartige Hypothekenbestellung ist nach § 1113 Abs. 2 zulässig. Das Recht wird sofort mit der Eintragung wirksam, der Gläubiger aber erwirbt es erst mit der nachträglichen Entstehung der Forderung und zwar als Hypothek, ohne daß es hier noch einer weiteren Rechtsbehandlung bedürfte [10]).

In den sämtlichen hier genannten Fällen steht die Eigentümer-Gesamthypothek nach § 1172 Abs. 1 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu, und zwar denjenigen Eigentümern, die es zur Zeit der Eintragung der Hypothek waren [11]).

Die bisher getroffenen Feststellungen, die zunächst die Verkehrshypothek im Auge haben, finden auf die Sicherungshypothek sinngemäß Anwendung [12]). Eine Besonderheit ist lediglich bei der Höchstbetragshypothek nach § 1190 zu verzeichnen. Die Höchstbetragshypothek sichert die dem Gläubiger jeweils zustehende Forderung bis zum Höchstbetrag, wobei der Forderungsbetrag selbst zeitlich innerhalb der durch den Höchstbetrag gesetzten Grenzen schwanken kann. Insoweit als die jeweilige Forderungshöhe reicht, besteht die Höchstbetragshypothek als wahre Hypothek, in dem darüber hinausgehenden Betrag als Eigentümer-Grundschuld. Sobald die Forderung wächst, verwandelt sich die Eigentümer-Grundschuld zu dem Mehrbetrag in eine Fremdhypothek; sobald sie zum Teil erlischt, bildet sich die Hypothek in eine Eigentümer-Grundschuld zurück [13]).

---

[8]) Vgl. RGRKomm., 2 zu § 1163, S. 616; RG 88/369.

[9]) Vgl. Böhm, II A zu § 1163, S. 236; Hachenburg Beitr., S. 14 ff.; Horn in ZBlfFG 4/696; Kindel, S. 90; Neumann, II zu § 1163, S. 936; Puntschart, S. 124 ff.; Staudinger, 10 zu § 1163, S. 1268; Wolff, § 146, S. 538; RG 68/101, 71/435; 57/97; JW 09/638, 11/653; 12/632, 853.

[10]) Vgl. Bruck, S. 175 und 217 ff.; Fuchs, 4a zu § 1163, S. 525; Planck, 4a zu § 1163, S. 973; Staudinger, 16 zu § 1163, S. 1271; RG 51/43, 60/37; JW 11/277, 12/402; Seuff. 60 Nr. 151; OLG 10/86, 46/2; And. M.: KGJ 26 A 161.

[11]) Vgl. RG 51/43, 55/220, 68/101, 75/249, 48/404; Gruch. 58/669; KGJ 38 A 281.

[12]) Vgl. Wolff § 151, II, S. 555.

[13]) Vgl. Gierke, S. 908 Anm. 78; Planck, 6 zu § 1190, S. 1106; RGRKomm., 1 zu § 1190. S. 680; Predari, 9 B zu § 19 GBO, S. 446; Staudinger, 1 zu § 1190.

Für die Grundschuld muß dagegen folgendes beachtet werden:

Ist die Forderung, zu deren Sicherung die Grundschuld bestellt wurde, nicht zur Entstehung gelangt, die Grundschuld also noch nicht valutiert, so steht hier um deswillen das Pfandrecht dem Eigentümer nicht zu (entgegen § 1163 Abs. 1 Satz 1), da begrifflich die Grundschuld von einer Forderung überhaupt unabhängig ist[14]). Es begründet dies nur einen Anspruch des Eigentümers gegen den Grundschuldgläubiger auf Rückgewähr der Grundschuld durch Verzicht des Gläubigers (§§ 1168, 1169) oder Rückübertragung nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff.) und zugleich eine Einrede des Bestellers nach § 1157, auf keinen Fall aber einen Berichtigungsanspruch nach § 894. Ersterer Anspruch kann durch eine Vormerkung, letzterer durch einen Widerspruch entsprechend gesichert werden. Solange daher der Gläubiger auf die Grundschuld nicht verzichtet oder sie nicht zurückübertragen hat, steht sie dem Eigentümer noch nicht zu[15]).

b) Nichtübergabe des Briefes an den Gläubiger, wenn das Gesamtpfand Briefpfand ist (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 2).

Nach § 1117 erwirbt der Gläubiger eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist (Briefhypothek), erst in dem Zeitpunkt, in dem ihm der Brief von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks übergeben wird. Bis dahin steht die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 2 dem Eigentümer zu. Die unmittelbare Übergabe des Briefes kann auch ersetzt werden und zwar durch die bloße Einigung über den Übergang des Eigentums an dem Briefe nach § 929 Satz 2, wenn der Hypothekengläubiger bereits im Besitz des Briefes ist, durch die Einräumung des mittelbaren Besitzes an den Gläubiger gemäß §§ 930, 868, falls sich der Eigentümer im Besitze des Briefes befindet, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931, wenn ein Dritter Besitzer des Briefes ist (§ 1117 Abs. 1 Satz 2), und schließlich durch die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2). Mit dieser Regelung sollte vermieden werden, daß der Gläubiger zum Schaden des Eigentümers vor Auszahlung der Valuta die Hypothek an einen gutgläubigen Dritten abtritt. Nach § 1177 Abs. 1 entsteht hier die Hypothek zunächst als Eigentümer-Grundschuld; durch die Übergabe des Briefes wird sie dieser Eigenschaft ohne weiteres entkleidet und ist dann Hypothek des Gläubigers[16]).

S. 1390, 1391; Turnau-Förster, 8 zu § 1190, S. 1021; Wolff § 153 III. S. 563; RG 75/250, 78/409, 97/223 ff., 120 110, 125 136; JW 34/1750; Gruch. 56 1072, 58/670, ZBlfFG 16/579; KGJ 45/286 und 290.

[14]) Die Grundschuld dient zwar regelmäßig, aber nicht notwendig zur Sicherung einer Forderung.

[15]) Vgl. Kretzschmar in ZBlfFG 13/5; Planck, 6a und b zu § 1192, S. 1123; Siméon-David, § 105, 2 S. 240, Fußnote d; Staudinger, 9 zu § 1192, S. 1426, 1427; Wolff § 132 I 2, S. 468, § 156 I 2, S. 592; RG 78, 60, 88/306; 85/89; JW 29/248, 31/27, 33; RG in Seuff. 75/182 ff.; Turnau-Förster, 5 zu § 1192, S. 1069.

[16]) Vgl. Endemann, S. 754, 746; Oberneck, § 126, S. 729 ff.; Planck, 2 zu § 1177, S. 1205; Staudinger, 22 zu § 1163, S. 1273; Turnau-Förster, 3 zu § 1177, S. 960;

Ist die Hypothek als Gesamthypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer bestellt, so muß die Übergabe des Hypothekenbriefs, bzw. der Übergabeersatz, durch alle in Betracht kommenden Eigentümer vorgenommen werden. Andernfalls wäre, wie auch das Reichsgericht entschieden hat [17]), die Uebergabe nicht erfolgt. Die Hypothek würde in diesem Falle nach §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 2 den Eigentümern gemeinschaftlich zustehen.

Ob der als Gläubiger Eingetragene zur Einwilligung in die Umschreibung auf den Namen der Eigentümer, bzw. zur Entgegennahme des Briefes gegen Leistung der Valuta verpflichtet ist oder ob der Eigentümer desungeachtet den Brief übergeben muß, ist aus dem obligatorischen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zu beurteilen [18]).

Ist bei der Übergabe des Briefes, oder was dem nach § 1117 gleichsteht, die Forderung, die der Briefhypothek zugrundeliegt, noch nicht entstanden, bzw. zuvor wieder erloschen, so finden §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Anwendung. Der § 1163 Abs. 2 führt, worüber Einverständnis herrscht [19]), nur einen weiteren Fall der Eigentümerhypothek an; es ist damit keineswegs gesagt, daß die Hypothek nach Übergabe des Briefes unter allen Umständen auf den Gläubiger übergeht. Zunächst müssen die sonstigen Voraussetzungen einer gültigen Hypothek gegeben sein, vor allem eine gültige Forderung.

Auf die Grundschuld findet § 1163 Abs. 2 ohne weiteres Anwendung; denn auf die Forderung kommt es hier nicht an [20]).

Für die Sicherungshypothek ist dagegen die Anwendbarkeit der §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 2 ausgeschlossen, da sie nur in der Form der Buchhypothek auftritt, die Erteilung des Briefes kraft Gesetzes unzulässig ist (§ 1185 Abs. 1).

3. Fälle, in denen sich das als Gläubigerpfand bestellte Grundpfandrecht nachträglich in ein Eigentümerpfand verwandelt.

Hier bestehen, wie im folgenden dargelegt wird, mehrfache Abweichungen von der Regelung des Eigentümer-Einzelgrundpfandrechts. Vorweg sei bemerkt, daß eine Zwangshypothek nach § 867 Abs. 2 ZPO nicht in der Form einer Gesamthypothek eingetragen werden kann; deshalb vermag aus ihr auch keine Eigentümer-Gesamthypothek zu erwachsen.

Die einzelnen Fälle der nachträglichen Umwandlung eines Gesamtgrundpfandrechtes in ein Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht sind:

Wolff, § 134 V 1, S. 476; And. M.: Fuchs, 2b zu § 1117, S. 569; Kretzschmar, S. 572; Horn, S. 105 ff.

[17]) RG 52/360, 63/74; vgl. ferner Plank, 4b zu § 1132, S. 856; RGRKomm., 1 zu § 1132, S. 554; Staudinger, 14 zu § 1132, S. 1156,

[18]) Vgl. Neumann, III 3 zu § 1163, S. 937, RGRKomm., 7 zu § 1163, S. 622; Staudinger, 22 zu § 1163, S. 1273; RG 69/40; RGSt. 39/184; JW 12/402.

[19]) Neumann, III 4 zu § 1163, S. 938; Staudinger, 22 zu § 1163, S. 1273; RGSt. 39/184.

[20]) Vgl. RG 77/106; Planck, 4d zu § 1192, S. 1122; RGRKomm., 1 zu § 1192, S. 690; Siméon-David, § 105 Nr. 2 S. 239, Fußn. 4a; Staudinger, 9 zu § 1192, S. 1427; Warneyer, 1 zu § 1192, S. 475, VI zu § 1163, S. 430.

a) Erlöschen der Forderung (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2).

Der Eigentümer erwirbt nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 Hypothek, wenn die Forderung erlischt, gleichviel aus welchem Grunde[21]).

Die Forderung erlischt durch Zahlung, bzw. allgemein durch Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger nach § 362, desgleichen nach § 364 durch Annahme an Erfüllungsstatt; Hinterlegung nach §§ 372 ff. führt zum Erlöschen der Verbindlichkeit des Schuldners nur, wenn die Rücknahme der hinterlegten Summe ausgeschlossen ist (§ 378).

Bei der Aufrechnung könnte man zweifeln, ob sie nicht bereits unter die Fälle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 einzureihen ist. Sie erfolgt gemäß § 388 durch Erklärung des aufrechnenden Teiles dem anderen gegenüber; ihre Wirkung besteht nach § 389 darin, daß die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind. Zwischen Entstehung und Aufrechnung haben beide Forderungen jedoch bestanden; sie werden durch die Aufrechnungserklärung nicht etwa nichtig, wie auf Grund einer Anfechtung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung.

Ferner erlischt Schuldverhältnis und Forderung, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt (§ 397). Erlöschensgrund kann auch ein sogenannter negativer Anerkenntnisvertrag gemäß § 397 Abs. 2 sein[22]); hiernach gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht besteht, dieses und mit ihm die Forderung als erloschen.

Weiterhin kann eine Forderung durch einen Vergleich nach § 779 zum Erlöschen kommen.

Der Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2) oder eines Endtermins (§§ 163, 158 Abs. 2), die als solche lediglich der Forderung und nicht zugleich dem dinglichen Rechte gesetzt wurden, haben ebenfalls das Erlöschen der Forderung zur Folge[23]).

Das gleiche gilt für den Rücktritt vom Vertrage nach § 346 und die Wandelung[24]) (§§ 462, 467). Denn mit der Rücktrittserklärung nach § 349 ist das Schuldverhältnis „ex tunc“[25]) aufgehoben, wie auch im Falle der Wandelung, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt hat (§ 465).

Schließlich erlischt die Forderung durch Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Hand (Konfusion), sofern nicht ausnahmsweise die Konfusions-

---

[21]) Vgl. Planck, 4a zu § 1163, S. 975; RGRKomm., 5 zu § 1163, S. 620; Staudinger, 18 zu § 1163, S. 1272; Wolff § 144 I 3, S. 526.

[22]) Vgl. Hachenburg Beitr., S. 14; Kindel, S. 92; Neumann, II 5b zu § 1163, S. 937; Planck, 4a zu § 1163, S. 976; RGRKomm., 5 zu § 1163, S. 620; Staudinger, 18 zu § 1163, S. 1272; Wolff, § 144, S. 533.

[23]) Staudinger führt diesen Fall auch bei Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 an; vgl. daselbst 11 zu § 1163, S. 1269.

[24]) So Planck, 4a zu § 1163, S. 976; Staudinger, 18 zu § 1163, S. 1272; Brinck, S. 25.

[25]) Vgl. Kreß, § 10 Nr. 1c, S. 159 und 4c, S. 175.

wirkung durch besondere Rechtssätze (z. B. §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 1275) ausgeschlossen ist; denn nach dem Begriff des Schuldverhältnisses müssen Gläubiger und Schuldner verschiedene Personen sein[26]).

Ob eine Hypothek Verkehrs- oder Sicherungshypothek ist, macht für die Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 2 keinen Unterschied[27]).

Hinsichtlich der Grundschuld ist zu beachten, daß das Erlöschen der durch die Grundschuld gesicherten Forderung (auch nicht bei Erfüllung) infolge der abstrakten Gestaltung der Grundschuld den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer nicht bewirken kann; der Eigentümer erwirbt diese vielmehr erst durch Verzicht des Gläubigers oder Rückübertragung (die er nach § 812 verlangen kann).

Den weitaus wichtigsten[28]) Erlöschensgrund bildet die Befriedigung des Gläubigers, sei es nach § 362 durch Bewirkung der geschuldeten Leistung, sei es durch die Ersatzerfüllung oder durch die der Befriedigung gleichstehende Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person[29])[30]).

Für den Fall der Befriedigung sind aber wichtige Besonderheiten zu beachten.

Befriedigt der Eigentümer den Hypothekengläubiger, so muß er zugleich persönlicher Schuldner sein, wenn die Befriedigung zur Eigentümerhypothek nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 führen soll; andernfalls geht nach § 1143 Abs. 1 die Forderung und damit gemäß § 1153 auch die Hypothek auf den Eigentümer über; es entsteht eine sogenannte forderungsbekleidete Eigentümerhypothek (Hypothek des Eigentümers, Eigentümerhypothek im weiteren Sinne).

Es darf aber auch nicht der vom Eigentümer verschiedene persönliche Schuldner, von dem der Hypothekengläubiger befriedigt wird, dem Eigentümer gegenüber ersatzberechtigt sein; sonst geht nach § 1164 die Hypothek insoweit auf den Schuldner über und dient in der Folgezeit zur Sicherung des Ersatzanspruches, der dem Schuldner gegen den Eigentümer zusteht.

Bei der Grundschuld kommt in Betracht, daß der Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner sein kann. Befriedigt der Eigentümer den Gläubiger durch Tilgung der Grundschuld (Grundschuldablösung), so findet nach § 1192 der § 1143 entsprechende Anwendung. Das führt dazu, daß die Grundschuld ebenfalls auf den befriedigenden Eigentümer übergeht[31]).

---

[26]) Vgl. Entwurf I, 291; Mot. II, 116, Protokolle I, 376; Kreß, § 10 Ziff. 2d, S. 163, § 20 Ziff. 7, S. 467; Planck, 4a zu § 1163, S. 975; RGRKomm., 5 zu § 1163, S. 620.

[27]) Vgl. Wolff § 151 II, S. 555.

[28]) RGRKomm., 5 zu § 1163, S. 620; Staudinger, 19 zu § 1163, S. 1272.

[29]) Protokolle 3, S. 633 ff.

[30]) Nicht hierher gehört die Befriedigung des Gläubigers gemäß § 1181, durch die auch die Forderung erlischt. Bei dieser Art von Befriedigung, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt, erlischt auch die Hypothek, und zwar kraft Gesetzes. Vgl. Wolff § 144, I 3, Fußnote 11, S. 526, § 141 I 2, S. 514.

[31]) Vgl. Protokolle 4, 505; Planck, 4d zu § 1192, S. 1122, RGRKomm., 1 zu § 1192, S. 691; Wolff, § 156 I 3d, S. 593; RG 60/254, 78/66, 85/91; KGJ 35 A 327; And. M.: Staudinger, 9 zu § 1192, S. 1427, der den Übergang der Grundschuld auf den Eigentümer aus dem Grundgedanken des § 1163 Abs. 1 Satz 2 folgert.

Dritte, die den Gläubiger befriedigen, müssen eines Ablösungsrechtes nach §§ 1150, 268 entbehren; ist dies nicht der Fall, so fällt nach § 268 Abs. 3 die Forderung und damit über § 1153 die Hypothek, bei einer Grundschuld diese an den Dritten[32]).

Alles das gilt ohne weiteres auch für das Gesamtpfand, sofern die belasteten Grundstücke sämtlich einem und demselben Eigentümer gehören. Sind hingegen mehrere Eigentümer vorhanden, so finden die angeführten Vorschriften sinngemäß nur Anwendung, wenn die Befriedigung durch alle zugleich persönlich haftenden Eigentümer, bei der Grundschuld durch alle Eigentümer, gemeinschaftlich erfolgt; lediglich dann wird die Gesamthypothek oder die Gesamtgrundschuld von ihnen gemäß § 1172 Abs. 1 gemeinschaftlich erworben[33]).

Befriedigt nur der Eigentümer eines der mit der Gesamthypothek belasteten Einzelgrundstücke den Gläubiger, bzw. löst nur ein Eigentümer die Gesamtgrundschuld ab, so erwirbt dieser nach § 1173 die Gesamthypthek, bzw. -grundschuld hinsichtlich des vollen Betrags als Einzeleigentümergrundschuld an seinem Grundstück; das Pfandrecht an den übrigen Grundstücken erlischt und zwar kraft Gesetzes, ohne daß es, wie im Falle einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung, der Zustimmung ihrer Eigentümer bedarf[34]). Das gleiche gilt nach § 1173 Abs. 1 Satz 2, wenn das Gläubigerrecht nur auf einen der Eigentümer übertragen wird oder Forderung und Schuld in der Person nur eines Eigentümers, der zugleich persönlicher Schuldner ist, sich vereinigen. Für die Grundschuld kommt wegen ihrer abstrakten Natur lediglich Übertragung der Grundschuld auf den Eigentümer in Betracht[35]). Durch die in § 1173 Abs. 1 Satz 2 getroffene Regelung sollte einerseits verhindert werden, daß sich der zahlende Eigentümer von dem Gläubiger die Forderung abtreten läßt und dann gegen die anderen Eigentümer ohne weiteres vorgeht. Andrerseits erschien es auch billig, den Fall der Vereinigung von Forderung und Schuld (z. B. durch Erbgang) einer Befriedigung gleichzustellen[36]).

Kann der Eigentümer, der den Gläubiger befriedigt, von dem Eigentümer eines der anderen Grundstücke (oder einem seiner Rechtsvorgänger) Ersatz verlangen, so geht in Höhe dieses Ersatzanspruches auch die Hypothek, bzw. Grund-

---

[32]) Staudinger, 19 zu § 1163, S. 1272; Turnau-Förster, S. 913.

[33]) RGRKomm., 2 zu § 1173, S. 637; Staudinger 1 zu § 1173; S. 1316.

[34]) Ob der den Hypothekengläubiger befriedigende Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner ist oder nicht, macht für die grundsätzliche Folge des § 1173 keinen Unterschied. Lediglich in Bezug auf die nach § 1173 an dem eigenen Grundstück des Befriedigenden entstehende Eigentümerhypothek ist jener Umstand insofern von Bedeutung, als, wenn der befriedigende Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, er die Hypothek und Forderung erwirbt (§§ 1143 und 1177 Abs. 2), während ihm, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, nur die Hypothek zufällt (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1); vgl. Planck, 2b zu § 1173, S. 1012; RGRKomm., 2 u. 3 zu § 1173, S. 637 ff., Staudinger, 1b zu § 1173, S. 1316: Turnau-Förster, 3 zu § 1173, S. 949; Warneyer, I zu § 1173, S. 442.

[35]) Vgl. Planck, 4d zu § 1192, S. 1122; Biermann, 1 zu § 1192, S. 422; Warneyer, I zu § 1192, S. 475, III zu § 1173, S. 443; And. M.: Staudinger, 11 zu § 1192, S. 1428; Turnau-Förster, 2 zu § 1192, S. 1068.

[36]) Vgl. Protokolle 3, S. 633 ff.

schuld an dem Grundstück dieses Eigentümers auf ihn über; sie bleibt mit dem ihm nach § 1173 Abs. 1 an seinem eigenen Grundstück zufallenden Grundpfand ein Gesamtpfand [§ 1173 Abs. 2[37])].

Befriedigt bei einer Gesamthypothek der persönliche Schuldner, der nicht zugleich Eigentümer eines der belasteten Grundstücke ist und auch gegenüber keinem der Eigentümer oder ihrer Rechtsvorgänger einen Ersatzanspruch hat, den Gläubiger oder vereinigen sich, was dem gleichsteht, Forderung und Schuld in einer Person, so entsteht eine Eigentümer-Gesamthypothek nach §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2. Besitzt jedoch der Schuldner einen Ersatzanspruch, dann gilt, wenn sich dieser gegen alle Eigentümer richtet, § 1164[38]); die Gesamthypothek geht in Höhe des Ersatzanspruchs auf ihn über. Kann der Schuldner nur von einem oder einigen der Eigentümer der belasteten Grundstücke oder von einem ihrer Rechtsvorgänger Ersatz verlangen, so erwirbt er die Gesamthypothek an den Grundstücken der ersatzpflichtigen Eigentümer, während sie an der übrigen erlischt (§ 1174 Abs. 1). Ist dem persönlichen Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so geht die Gesamthypothek auch nur in Höhe des teilweisen Ersatzanspruches auf den Schuldner über[39]) (§ 1174 Abs. 2), während sie bezüglich des übersteigenden Betrags den Eigentümern gemeinschaftlich zufällt (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2)[40]).

b) Verzicht des Gläubigers auf das Gesamtgrundpfandrecht (§ 1175 Abs. 1 Satz 1).

Nach § 1168 geht die Einzelhypothek auf den Eigentümer über, wenn und insoweit der Gläubiger auf sie wirksam verzichtet.

Sicherungshypothek und Grundschuld nehmen bezüglich dieses Entstehungsgrundes keine Sonderstellung ein; für sie gilt sinngemäß das für die Hypothek ausgesprochene[41]).

In Ansehung der Form, die zur Rechtswirksamkeit des Verzichts notwendig ist, finden für die Gesamthypothek die gleichen Vorschriften wie für die Einzelhypothek Anwendung. Es greift also § 1168 Abs. 2 Platz. Danach

---

[37]) Ein derartiger Ersatzanspruch kann aus rechtsgeschäftlicher Begründung stammen (Bürgschaft usw.) oder eine gesetzliche Grundlage haben (§§ 426, 774, 2167, 2168). Vgl Lang, S. 316; RGRKomm., 6 zu § 1173 S. 639 ff.; Staudinger, 4 zu § 1173, S. 1318; Turnau-Förster, 7 zu § 1173, S. 951; RG 81/71; OLG 03/317, 12/259; KGJ 47/215. And. M.: Brinck, S. 109, der für die Fälle der §§ 426 Abs. 2, 774, 268, 1150 BGB, 225 KO annimmt, daß hierbei der § 1173 nicht zur Anwendung gelange, sondern der Eigentümer nicht bloß die Forderung, sondern nach §§ 412, 401 BGB auch die Hypethek erwerbe.

[38]) Vgl. Planck, 3 b zu § 1174, S. 1017; RGRKomm., 1 zu § 1174, S. 641; Staudinger, 2 a zu § 1174, S. 1320; Turnau-Förster, 1 c zu § 1174, S. 955.

[39]) Wegen der Frage nach der Anrechnung dieses Betrags auf den dem einzelnen Eigentümer nach § 1172 Abs. 2 gebührenden Teilbetrag der Gesamthypothek siehe unten Abschnitt IV Nr. 3.

[40]) Vgl. Brinck, S. 144; Planck, 3 e zu § 1174, S. 1018; RGRKomm., 3 zu § 1174, S. 642; Staudinger, 2 c zu § 1174, S. 1320; Turnau-Förster, 2 zu § 1174, S. 955; Warneyer, zu § 1174, S. 444.

[41]) Vgl. Wolff § 156 I 3 S. 592.

bedarf es der Abgabe einer Verzichtserklärung durch den Hypothekengläubiger. Die Verzichtserklärung ist, ebenso wie die Aufgabeerklärung des § 875, ein einseitiges empfangsbedürftiges abstraktes Rechtsgeschäft, das eine Verfügung in sich schließt[42]). Sie muß dem Grundbuchamt oder den Eigentümern der belasteten Grundstücke gegenüber unter Beachtung der Vorschriften des § 29 GBO abgegeben werden. Ein vom eingetragenen Gläubiger den Eigentümern gegenüber erklärter Verzicht ist nach § 893 wirksam, auch wenn der Eingetragene nicht wahrer Gläubiger ist[43]). Ferner muß der Verzicht im Grundbuch und zwar aller Grundstücke eingetragen werden[44]). Nicht erforderlich ist die Zustimmung der Eigentümer zur Eintragung des Verzichts; denn durch den Verzicht wird ihre Rechtsstellung nicht zu ihren Ungunsten verändert, wie etwa bei der Löschung der Hypothek[45]). Außerdem finden die Vorschriften der §§ 875 Abs. 2, 876 und 878 entsprechende Anwendung.

Die Wirkung des Verzichts regelt § 1168 für die Einzelhypothek in der Weise, daß das hypothekarische Recht nicht erlischt, sondern der Verzichtende seines Gläubigerrechts verlustig geht und das hypothekarische Recht vom Eigentümer erworben wird[46]). Die Rechtsfolge tritt jedoch nur ein, wenn auf die Hypothek allein verzichtet wird, ohne daß zugleich die der Hypothek zugrundeliegende Forderung vom Verzicht gleichermaßen betroffen wird; bei gleichzeitigem Verzicht auf die Forderung greift bereits § 1163 Abs. 1 Satz 2 Platz. Von einem Verzicht auf die Hypothek allein nach § 1168 wird die persönliche Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner nicht berührt, d. h. die Forderung bleibt unter den ursprünglichen Verhältnissen bestehen; es tritt eine Trennung in der Art ein, daß das dingliche Recht dem Eigentümer, das persönliche Forderungsrecht dem bisherigen Gläubiger zusteht[47]).

Wird nach wirksamen Verzicht der Eigentümer nicht als Gläubiger eingetragen, so hindert das zwar nicht den Erwerb der Hypothek durch den Eigentümer; das Grundbuch ist aber unrichtig[48]). Dem Eigentümer stehen behufs Berichtigung des Grundbuchs die Ansprüche aus §§ 894 bis 899 zur Seite[49]).

---

[42]) Vgl. Fuchs, 2 zu § 1168, S. 537; Horn, S. 130 ff.; Planck, 2 zu § 1177, S. 992; RGRKomm., 4 zu § 1168, S. 631; Staudinger; 2 zu § 1168, S. 1303.

[43]) Vgl. Biermann, 3 zu § 1168, S. 379; Kretzschmar, 5 zu § 1168, S. 555; Staudinger, 5 zu § 1168, S. 1304; RGRKomm., 3 zu § 1168, S. 631; Anders. M.: Fuchs, 4 zu § 1168, S. 539, der diese Frage verneint.

[44]) Vgl. hierzu insbes. RGRKomm., 1 zu § 1175, S. 642; KGJ 24 A 136.

[45]) Vgl. RGRKomm., 4 zu § 1168, S. 631; Staudinger, 2 zu § 1168, S. 1303; OLG 6/101, 10/89.

[46]) Vgl. Protokolle 3, S. 602; RGRKomm., 1 zu § 1168, S. 628; RG. 78/69.

[47]) Vgl. Biermann, 1 zu § 1168, S. 378, der ausführt, dies sei „ein Ergebnis, das dem § 1153 nicht zuwiderläuft, weil eine Übertragung der Forderung oder Hypothek nicht in Frage steht."; Maenner. S. 419; Predari. Vorbem. I 2 zu § 9 der GBO, S. 122; RGRKomm., 1 zu § 1168, S. 629; Staudinger, 23 zu § 1163, S. 1273; Walsmann, S. 24 ff.; Wolff § 144, S. 532; RGWarn. 1911 Nr. 191.

[48]) Vgl. Wolff § 144 Fußn. 4, S. 525.

[49]) Vgl. Fuchs, 4 zu § 1168, S. 539; Biermann, 3 zu § 1168, S. 557; Planck, 3 zu § 1168, S. 994; Staudinger, 5 zu § 1168, S. 1304; Turnau-Förster, 4 zu § 1168, S. 134; Wolff § 144 Fußn. 4, S. 525.

Auf Grund der Eintragung des Verzichts und seines Eigentums kann der Eigentümer die Hypothek auf seinen Namen umschreiben lassen[50]).

Bei der Gesamthypothek, bzw. -grundschuld schlägt für die Wirkung des Verzichts § 1175 ein. Danach müssen wir unterscheiden, ob der Gläubiger auf das Grundpfand an allen Grundstücken oder lediglich an einem oder einzelnen der Grundstücke verzichtet.

Nur wenn der Gläubiger auf die Gesamthypothek oder -grundschuld an sämtlichen Grundstücken verzichtet, geht das Gesamtpfand nach § 1175 Abs. 1 auf die Eigentümer der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich über; verzichtet der Gläubiger auch auf die Forderung, die der Gesamthypothek zugrundeliegt, so entsteht eine Eigentümergrundschuld nach §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2[51]).

Ergreift der Verzicht des Gläubigers zwar das Gesamtpfand auf allen Grundstücken, aber nur bezüglich eines Teilbetrags, so fällt nur der vom Verzicht erfaßte Teil der Hypothek oder Grundschuld den Eigentümern gemeinschaftlich zu; die Hypothek oder Grundschuld zur Sicherung des Restbetrages verbleibt dem Gläubiger. Der § 1176 bestimmt hierzu, daß die Eigentümer-Gesamtgrundschuld nicht zum Nachteil der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek oder Grundschuld geltend gemacht werden kann, also Rang nach dem Gläubigerpfand hat.

Erstreckt sich der Verzicht des Gläubigers nur auf die Hypothek oder Grundschuld auf einem der belasteten Grundstücke, so erlischt nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 das Grundpfandrecht an diesem, während die Gesamthypothek oder -grundschuld an den übrigen Grundstücken in unveränderter Höhe bestehen bleibt. An dem aus der Haftungsgemeinschaft ausgeschiedenen Grundstück entsteht demnach keine Einzeleigentümergrundschuld nach § 1168; vielmehr rücken hier die Nachberechtigten auf[52]).

Einem Verzichte gemäß § 1168 (§ 1175) steht es nach § 418 Abs. 1 Satz 2 gleich, wenn infolge einer Schuldübernahme im Sinne des § 414 das Recht des Gläubigers aus der für die Forderung bestehenden Hypothek erlischt: die Hypothek fällt dem Eigentümer zu. Willigt der Eigentümer jedoch in die Schuldübernahme ein, so verbleibt die Hypothek nach § 418 Abs. 1 Satz 3 dem Gläubiger. Bei der Gesamthypothek findet § 1175 entsprechende Anwendung. Nach §§ 1175 Abs. 1, 418 Abs. 1 Satz 2 fällt bei einer Schuldübernahme die Hypothek als Gesamtpfand den Eigentümern gemeinschaftlich zu. Willigen sämtliche Eigentümer in die Schuldübernahme ein, so verbleibt die Hypothek dem Gläubiger. Erklären dagegen nur einer oder einzelne der Eigentümer ihre Zustimmung zur Schuldübernahme, so verbleibt die Hypothek an den

---

[50]) Vgl. Kretzschmar, 7 zu § 1168, S. 556; Neumann, 3a zu § 1168, S. 942; Planck, 3a zu § 1168, S. 994; RGRKomm., 6 zu § 1168, S. 632; Staudinger, 2 zu § 1168, S. 1303.

[51]) Vgl. Planck, 1 zu § 1168, S. 992; RGRKomm., 1 zu § 1175 in Vbdg. mit 1 zu § 1168, S. 642 u. 629; Staudinger, 1 zu § 1175, S. 1322; OLG 11/33.

[52]) Vgl. RGRKomm., 3 zu § 1175. S. 643; Staudinger, 1 zu § 1175, S. 1322.

Grundstücken der einwilligenden Eigentümer dem Gläubiger, während sie entsprechend § 1175 Abs. 1 Satz 2 an den übrigen erlischt[53]).

Im Zusammenhang mit dem Verzicht nach § 1168 ist noch auf § 1169 hinzuweisen. Danach kann der Eigentümer die Verzichtserklärung des Gläubigers verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek oder Grundschuld dauernd ausgeschlossen wird.

Eine derartige zerstörliche (peremtorische) Einrede, mag sie nun gegen das Pfandrecht als solches (das dingliche Recht), z. B. wegen Nichtigkeit der Einigung, oder bei der Hypothek gegen die persönliche Forderung (§ 1137) gerichtet sein, hebt den objektiven Bestand des Pfandrechts zunächst noch nicht auf. Eine „ipso-iure"-Wirkung derart, daß die Hypothek oder Grundschuld mit dem Entgegenstehen der Einrede dem Eigentümer zufällt, folgt hieraus nicht; es wird lediglich ein Anspruch auf die Verzichtserklärung des Gläubigers begründet[54]). Das Eigentümerpfand entsteht erst dadurch, daß die Eigentümer von dem Gläubiger die Verzichtserklärung fordern, allenfalls mit Klage, und der Gläubiger die gewünschte Erklärung abgibt, bzw. seine Erklärung durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird (§ 498 ZPO)[55]).

Einreden im Sinne des § 1169 ergeben sich aus den §§ 1137 ff. und 1157[56]). Die Einreden der Verjährung und der beschränkten Erbenhaftung kommen jedoch nicht in Betracht; denn sie können gemäß §§ 902, 223 Abs. 1, 1137 Abs. 1 Satz 2 gegenüber dem dinglichen Anspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden[57]). In den meisten Fällen wird übrigens bereits Anfechtbarkeit oder gar Nichtigkeit vorliegen und schon der Berichtigungsanspruch nach § 894 zum Erlöschen der zu Unrecht eingetragenen Hypothek und somit zur Eigentümergrundschuld nach §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 1 führen[58])[59]).

c) Ausschluß des Gläubigers mit seinem Rechte nach § 1170 (§ 1175 Abs. 2).

Das gleiche wie beim Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek oder -grundschuld — die Sicherungshypothek und die Grundschuld nehmen hier

---

[53]) RGRKomm., 3 zu § 1175 am Ende, S. 643; Staudinger, 24 zu § 1163, S. 1274; Wolff § 144 I, S. 526.

[54]) Vgl. Protokolle 3, S. 601 ff.; Biermann, zu § 1169, S. 379; Planck, 3a zu § 1169, S. 997; RGRKomm., 1 zu § 1169, S. 632; Staudinger, 1 zu § 1169, S. 1305.

[55]) RGRKomm., 2 zu § 1169, S. 633; Wolff, § 139 III 1, S 506.

[56]) Vgl. Planck, 2 zu § 1169, S. 996; RGRKomm., 1 zu § 1169, S. 632; Staudinger, 1 und 2 zu § 1169, S. 1305; Wolff § 139 I 1, S 506.

[57]) Vgl. RGRKomm., 1 zu § 1169, S. 632; Wolff § 139 III 1, S. 506.

[58]) Vgl. Endemann, § 116 Anm. 13, S. 457; Oberneck § 116 Nr. 1e, S. 673; RGRKomm., 1 zu § 1169, S. 632; Staudinger, 1 zu § 1168, S. 1302, 18 zu § 1163, S. 1272; RG 74/214; OLG 11/133.

[59]) Statt der Verzichtserklärung kann der Eigentümer auch die Löschungsbewilligung verlangen (nicht aber Abtretung der Hypothek; so auch Hirschfeld, S. 72 f.) der Gläubiger wird dadurch nicht beschwert. Vgl. Planck, 3b zu § 1169, S. 997; RGRKomm., 2 zu § 1169, S. 633; Staudinger, 1 zu § 1169, S. 1305; RG 71/14;

keine Sonderstellung ein[60]) — gilt nach § 1175 Abs. 2, wenn der Gläubiger nach § 1170 mit seinem Rechte ausgeschlossen wird. Auch hier erwerben mit der Erlassung des Ausschlußurteils, welches das Recht des Gläubiges am Gesamtpfand in vollem Umfange beseitigt, die Eigentümer gemeinschaftlich die Hypothek, bzw. Grundschuld. Der bei einem Briefpfand dem Gläubiger erteilte Brief wird kraftlos.

Die Erlassung des Ausschlußurteils setzt nach § 1170 voraus[61]), daß der Gläubiger unbekannt ist, seit der letzten, sich auf das Gesamtpfand beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind und das Recht des Gläubigers nicht innerhalb dieser Frist von den Eigentümern in einer nach § 208 zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise anerkannt worden ist. Besteht für die hypothekarisch gesicherte Forderung, bzw. für die Grundschuld, eine nach dem Kalender bestimmte Zahlungszeit, so beginnt die Frist nicht vor Ablauf des Zahlungstags.

In formeller Beziehung bedarf es zur Einleitung des Aufgebotsverfahrens nach § 984 Abs. 1 ZPO eines Antrags des Eigentümers. Bei einem Gesamtgrundpfandrecht muß der Antrag von sämtlichen in Betracht kommenden Eigentümern gestellt werden, wenn das Ausschlußurteil die Grundlage für ein gemeinschaftliches Eigentümerpfand bilden soll; wird das Aufgebotsverfahren nur von einem oder einzelnen der Eigentümer in Ansehung eines oder einzelner der belasteten Grundstücke beantragt, so muß aus sinngemäßer Anwendung des § 1175 Abs. 1 Satz 2 geschlossen werden, daß mit der Erlassung des hierauf ergehenden Ausschlußurteils das Pfandrecht lediglich an den Grundstücken dieses oder dieser Eigentümer erlischt, während es an den übrigen unverändert bestehen bleibt[62]).

Nach § 984 Abs. 2 ZPO ist im Falle des § 1170 auch ein im Range gleich- oder nachstehender Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Vormerkung nach § 1179 eingetragen ist, und bei einem Gesamtgrundpfandrecht außerdem derjenige antragsberechtigt, welcher auf Grund eines im Range gleich- oder nachstehenden Rechtes Befriedigung aus einem der belasteten Grundstücke verlangen kann; der Gläubiger oder sonstige Berechtigte muß jedoch für seinen Anspruch einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben.

Nicht erwähnt ist in § 1175 der Fall des § 1171. Die Ausschließung, die im Wege des Aufgebotsverfahrens erfolgt, wenn der Eigentümer zur Befriedigung des Gläubigers oder zur Kündigung berechtigt ist und den Betrag der Forderung oder der Grundschuld für den Gläubiger unter Verzicht auf das Rücknahmerecht hinterlegt, wirkt wie eine Befriedigung des Gläubigers (§ 1171 Abs. 2). Es finden die §§ 1172, 1173 Anwendung[63]).

86/305; 91/226; JW 16/908; Gruch. 60/508. Dadurch entsteht aber keine Eigentümerhypothek.

[60]) Vgl. Wolff § 156 I 3, S. 593,

[61]) RGRKomm., 3 zu § 1170, S. 733, 4 zu § 1175, S. 643.

[62]) Vgl. RGRKomm., 4 zu § 1175, S. 643; Staudinger, 2 zu § 1175, S. 1323; KGJ 34 A 301.

[63]) Biermann, 1 zu § 1175, S. 391; Planck, 2 zu § 1175, S. 1021; RGRKomm., 4

d) Vereinigung von Grundpfandrecht und Grundeigentum in einer Person.

Die Hypothek oder Grundschuld geht auf den Eigentümer über, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt (Konsolidation: § 889). Ist bei einer Hypothek der Eigentümer zugleich persönlicher Schuldner, so erlischt durch eine solche Vereinigung regelmäßig zugleich die Forderung und der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer ergibt sich bereits aus § 1163 Abs. 1 Satz 2. Der Hauptanwendungsfall der Konsolidation liegt auf dem Gebiete des Erbrechts (§§ 1922, 1942, 1976, 1990, 1991 Abs. 2 2175, 2377). Da aber die Vereinigung der Rechte (Pfandrecht und Eigentum) praktisch in der Person nur eines Eigentümers erfolgt, kann § 889 nicht Grundlage für eine Eigentümer-Gesamtgrundschuld abgeben. Aber auch § 1173 Abs. 1 findet keine Anwendung; beerbt z. B. der Gläubiger einen nicht persönlich haftenden Eigentümer oder erwirbt der Gläubiger sonstwie das Eigentum eines der Grundstücke, ohne in die persönliche Schuld einzutreten, so behält der Gläubiger sowohl seine Forderung als auch die Gesamthypothek; nur ist für die Hypothek an dem erworbenen Grundstück nunmehr § 1177 Abs. 2 maßgebend[64]). In einem Falle ist allerdings die Entstehung eines Eigentümer-Gesamtgrundpfandrechtes nach § 889 denkbar, nämlich wenn sämtliche Eigentümer der mit einer Gesamthypothek oder -grundschuld belasteten Grundstücke den Gläubiger beerben; das Gemeinschaftsverhältnis wäre aber hier nicht nach § 1172 Abs. 1, sondern nach § 2033 zu beurteilen (Gesamthandgemeinschaft)[65]).

4. Art und Weise der Entstehung; Grundbuchberichtigung.

Das Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht erlangt, mag es bei dem Bestreben, eine Fremdhypothek oder -grundschuld zu bestellen (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 1, 1163 Abs. 2) oder zufolge Umwandlung aus einem Fremdgrundpfandrecht (§§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1175 Abs. 1 Satz 1, 1175 Abs. 2) entstehen, rechtliches Dasein kraft Gesetzes — „ipso iure“ —, also ohne daß es der Eintragung der Eigentümer als Gläubiger bedarf. Es ist rechtlich auch nicht möglich, die Entstehung des Eigentümer-Grundpfandrechts durch Vereinbarung dinglich auszuschließen[66]). Dagegen können sich die Eigentümer einem anderen gegenüber, und zwar auch schon vor Erwerb des Grundpfands, schuldrechtlich verpflichten, die Eigentümergrundschuld löschen zu lassen[67]). Das Gesetz gestattet, diesen Löschungsanspruch durch Ein-

---

zu § 1175, S. 644; Siméon-David, § 104 Nr. 12b, S. 192; Staudinger, 2 zu § 1171, S. 1317.

[64]) Vgl. Protokolle 3, S. 635; Biermann, 1 zu § 1173, S. 387; Planck, 2b zu § 1173, S. 1012; RGRKomm., 4 und 5 zu § 1173, S. 639; Staudinger, 2 zu § 1173, S. 1317; RG 77 149; OLG Kiel in Seuff. 66 Nr. 136; JW 12,39.

[65]) Vgl. Goldmann-Lilienthal II, § 80 III 1, S. 583, 584.

[66]) Vgl. RGRKomm., 3 zu § 1177, S. 648; Staudinger, 2 zu § 1177, S. 1326, 5 zu § 1163, S. 1267; RG 52,5; OLG 10,425.

[67]) In der Regel werden es nachstehende Grundpfandgläubiger sein, die im Falle der Entstehung eines Eigentümerpfandes ein Interesse am Aufrücken haben.

tragung einer Vormerkung zu sichern (§ 1179); die Eintragung hat die Wirkung, daß Verfügungen über die Eigentümergrundschuld gegenüber dem aus der Vormerkung Berechtigten unwirksam sind, soweit sie dessen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen.

Durch die Entstehung einer Eigentümergrundschuld wird das Grundbuch unrichtig und zwar bei der Gesamthypothek in doppelter Hinsicht: Da das als Hypothek bezeichnete Recht rechtlich eine Grundschuld darstellt (§ 1177 Abs. 1) und kraft Gesetzes ohne Eintragung in das Grundbuch auf die Eigentümer übergeht, ist sowohl eine unzutreffende Belastung als auch ein anderer als der wirklich Berechtigte, nämlich der zukünftige oder frühere Gläubiger, an Stelle der Eigentümer eingetragen. Bei der Gesamtgrundschuld liegt nur in letzterer Beziehung eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor.

Die Berichtigung erfolgt auf verschiedene Art und Weise. In den Fällen der §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 1, 1163 Abs. 2 tritt sie von selbst — ipso-iure — ein, wenn die Forderung zur Entstehung gelangt ist, bzw. wenn der Brief an den als Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger Bezeichneten übergeben wird (§ 1117)[68]). Im übrigen können die Eigentümer die Berichtigung des Grundbuchs in der Weise beantragen, daß ihnen die Hypothek bzw. Grundschuld nunmehr gemeinschaftlich zusteht. Dazu bedarf es einer Berichtigungsbewilligung des bisherigen Gläubigers nach §§ 19, 29 GBO, die erforderlichenfalls gemäß § 894 BGB, 894 ZPO durch Urteil ersetzt werden kann, oder des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach §§ 22, 29 GBO, soweit sich nicht, wie beim Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek oder Grundschuld, die Unrichtigkeit ohne weiteres aus dem Grundbuch ergibt.

---

[68]) Vgl. Wolff § 134 V 1, S. 476; § 145 II, S. 532, § 144 II 1, S. 529.

III. Das Gemeinschaftsverhältnis.

1. Der Streit um die Rechtsnatur im allgemeinen.

Die Rechtsnatur des Gemeinschaftsverhältnisses, das unter den mehreren Eigentümern der mit einem Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht belasteten Grundstücke besteht, ist sehr umstritten, und zwar hauptsächlich wegen der äußerst knappen Fassung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften.

Nach § 1172 Abs. 1 steht die Gesamthypothek in den Fällen des § 1163 den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zu; sie fällt ihnen, ebenfalls gemeinschaftlich, zu, wenn an sämtlichen Grundstücken der Gläubiger auf sie verzichtet oder mit seinem Rechte nach § 1170 ausgeschlossen wird (§ 1175). Hieraus ist allerdings nicht zu ersehen, welcher Art die Gemeinschaft sein muß oder sein kann; sonstige Bestimmungen über das Gesamtpfandrecht, die einen Hinweis auf die eine oder andere Art der Gemeinschaft enthalten, gibt es nicht. Theoretisch bestehen drei Möglichkeiten, nämlich „Gemeinschaft zur gesamten Hand", „Gemeinschaft nach Bruchteilen" und „Gemeinschaft besonderer Art". Die Lösung der Frage nach der richtigen, allein zu Recht anzunehmenden Gemeinschaft ist für den Einzeleigentümer wie für deren Gesamtheit, aber auch für den Rechtsverkehr im allgemeinen von Bedeutung; denn die Arten der Gemeinschaft weichen im einzelnen erheblich voneinander ab.

Bedeutung hat jedoch der Streit um die Unterordnung unter eine der genannten Gemeinschaften nur, wenn zur Zeit des Erwerbes des Gesamtgrundpfandrechtes durch die Gemeinschaft der Eigentümer kein anderes Gemeinschaftsverhältnis vorliegt; in diesem Falle bestimmt sich nämlich auch die Gemeinschaft in Ansehung des Gesamtgrundpfandrechtes nach dem zur Zeit des Erwerbes zwischen den Eigentümern bereits bestehenden Gemeinschaftsverhältnisse [1]).

Das Gesetz selbst führt zu keinem unmittelbaren Ergebnis. Das gleiche ist von den Gesetzesmaterialien zu sagen. Der erste Entwurf und die Motive scheiden von vorneherein aus, weil hier Vorschriften, die den §§ 1172 und 1175 des geltenden Rechtes entsprechen, noch nicht aufgenommen waren. Der § 1079 des zweiten Entwurfs und der § 1155 des dritten (der sogenannten Reichstagsvorlage) gleichen aber im Wortlaut genau dem § 1172 BGB, so daß auch sie nicht geeignet sind, den Streit um die Gemeinschaft in dem einen oder anderen Sinne zu entscheiden. Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage schweigt ebenfalls hierüber; sie wiederholt lediglich den § 1155 der Vorlage.

---

[1]) Vgl. Goldmann-Lilienthal II, § 80 III 1, S. 583, 584, zitiert auch bei Planck, 3 b zu § 1172, S. 1007; s. ferner Staudinger, 13 zu § 1132, S. 1156, u. diese Arbeit, Abschnitt II 3 d am Ende.

Aus den Protokollen zum zweiten Entwurfe scheint jedoch etwas über die Absichten und den Willen des Gesetzgebers durchzublicken. Bei Beratung der Frage, welcher Zeitpunkt für die Wertberechnung bei der Teilung nach § 1172 Abs. 2 des geltenden Rechtes zugrundezulegen ist, lehnte es die Kommission ab, eine ausdrückliche Vorschrift hierüber zu geben, „weil auch an anderen Stellen des Gesetzes, wo es sich um Wertberechnungen handele, Bestimmungen über den maßgebenden Zeitpunkt nicht getroffen seien"; Einverständnis hat aber darüber bestanden, „daß der Zeitpunkt entscheiden solle, in welchem die Hypothek als Gesamthypothek zur Entstehung gelangt sei" [2]). Aus der letzteren Feststellung wird versucht, als Willen des Gesetzgebers die Gemeinschaft nach Bruchteilen abzuleiten [3]).

Zur Beurteilung durch das Reichsgericht ist die Streitfrage nach der Art der Gemeinschaft ebenfalls nicht gekommen. Die im Kommentar von Reichsgerichtsräten angeführte Entscheidung [4]) kommt nicht in Frage. Sie betrifft den Fall einer Eigentümerhypothek bei einem im Miteigentum mehrerer Personen (Ehegatten) stehenden Grundstücke. Weder aus dem Tatbestand noch aus den Gründen der Entscheidung geht hervor, ob die Belastung der einzelnen Miteigentumsanteile je besonders mit der Hypothek für die ganze Forderung erfolgt ist; lediglich dann kommen die Vorschriften über die Gesamthypothek zur Anwendung [5]). Im übrigen will diese Entscheidung in der Hauptsache prozessuale Fragen lösen (Streitgenossenschaft).

Dagegen hat sich das Schrifttum eingehend mit der Streitfrage auseinanderzusetzen versucht.

2. Die einzelnen Ansichten im Schrifttum.

a) Gemeinschaft zur gesamten Hand.

Die Auffassung, daß sich das zwischen den Grundstückseigentümern bestehende Gemeinschaftsverhältnis als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand darstellt, wird von sehr vielen Schriftstellern vertreten. Man kann sie als die herrschende bezeichnen [6]). Vertreter dieser Richtung sind insbesondere Biermann, Böhm, Bruck, Gierke, Hachenburg, Kuhlenbeck, Maenner, Lindemann-Sörgel, Meisner, Staudinger, Warneyer, Willenbücher und Wolff. Alle diese Schriftsteller meinen im Grunde genommen dasselbe, die Gemeinschaft zur gesamten Hand, wenn sie es auch verschiedentlich anders ausdrücken.

Die Mehrzahl [7]) bezeichnet die Gemeinschaft schlechthin als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand.

[2]) Vgl. Protokolle 3, S. 629.
[3]) Vgl. Fuchs, II 3 zu § 1172, S. 552; RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.
[4]) RGRKomm; 1 zu § 1172, S. 636; RG 60/269 ff., 270: V. Zivilsenat: Urteil v. 15. 3. 1905 i. S. Eheleute Z. u. Gen. (Kl.) w. Sch. (Bekl.); Reg. V 416/04.
[5]) Vgl. hierzu die entsprechenden Ausführungen in der Einleitung dieser Arbeit.
[6]) Als solche bezeichnet sie ausdrücklich Bruck, S. 202.
[7]) Vgl. Biermann, 1b zu § 1172, S. 565; Bruck, S. 202 ff.; Hachenburg, Beitr., S. 140, 141; Kuhlenbeck, 3 zu § 1172, S. 809; Lindemann-Sörgel, 1 zu § 1172,

Kein Zweifel über die Art des Gemeinschaftsverhältnisses wird auch dadurch hervorgerufen, daß Böhm[8]) sagt, die Gemeinschaft sei „ähnlich der Gemeinschaft zur gesamten Hand", Hachenburg[9]) das Verhältnis als „Gemeinschaft nach Wertrelationen" kennzeichnet und Maenner[10]) von einer „Art Gemeinschaft zur gesamten Hand" spricht. In letzterem Sinne äußert sich ebenfalls Staudinger[11]): er bemerkt: Die sich hier (§ 1172 Abs. 1) bildende Gemeinschaft ist keine Gemeinschaft nach Bruchteilen; sie steht nicht jedem Eigentümer zu einer bestimmten Quote (Bruchteil) zu, sie ist „vielmehr eine Art Gemeinschaft zur gesamten Hand". Gierke[12]) hat für die Gemeinschaft nach § 1172 Abs. 1 das Bild einer „eigenartigen sachenrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand" geprägt. Lang[13]) faßt im Grunde genommen die Gemeinschaft gleichfalls nicht anders als eine solche zur gesamten Hand auf; er schreibt jedoch: „Die Gemeinschaft der Eigentümerhypothekare ist eine so enge, als es der Grundsatz der Einheit der gesamthypothekarischen Belastung erfordert."

Die Begründung, die für die Rechtsnatur der unter den mehreren Eigentümern bestehenden Gemeinschaft als einer „Gemeinschaft zur gesamten Hand" gegeben wird, ist trotz verschiedener Ähnlichkeit, nicht überall bei allen Schriftstellern gleichmäßig durchgeführt; viele beschränken sich auf die Aufstellung der Behauptung, daß die Gemeinschaft so und nicht anders sei, lassen es aber im übrigen damit bewenden.

So sagt Staudinger[14]) lediglich, die sich hier bildende Gemeinschaft sei „eine Art Gemeinschaft zur gesamten Hand, da nur alle gemeinsam und einheitlich verfügen können und infolgedessen keiner der Eigentümer ohne die Zustimmung der anderen über die Gesamthypothek oder seinen Anteil hiervon verfügen könne".

Andere gehen in ihrer Begründung einen Schritt weiter.

Bruck[15]) verbietet die Verfügung des einzelnen Eigentümers, indem er ausführt: Solange eine Aufteilung noch nicht stattgefunden hat, handelt es sich um eine einheitliche Gesamthypothek; jede Verfügung des einzelnen über die

S. 1113; Meisner, 3 zu §§ 1172, 1173, S. 259; Warneyer, Anm. zu § 1172, S. 441; Willenbücher, 1 zu § 1172, S. 220; Wolff § 148 VII, S. 552. Lindemann-Sörgel läßt an sich sowohl Gemeinschaft zur gesamten Hand als auch besonderer Art zu; im übrigen ist er, wie aus den Hinweisen auf Hachenburg und Bruck hervorgeht, von diesen abhängig und kann so zu den Vertretern obiger Ansicht gezählt werden.

[8]) Vgl. Böhm, Anm. zu § 1132, S. 183.

[9]) Vgl. Hachenburg Vortr., S. 620, wo er sagt: Das Verhältnis ist keine Gesellschaft, sondern eine Gemeinschaft und zwar nach Wertrelationen, nicht nach Quoten. In den zeitlich später erschienenen Beiträgen, S. 140 sagt er nurmehr Gemeinschaft zur gesamten Hand.

[10]) Vgl. Maenner, S. 450.

[11]) Vgl. Staudinger, 2 zu § 1172, S. 1313.

[12]) Vgl. Gierke, § 167 V 7, S. 940.

[13]) Vgl. Lang, S. 295.

[14]) Vgl. Staudinger, 2 zu § 1172, S. 1313; desgl. teils wörtlich, teils dem Sinne nach: Biermann, 1 b zu § 1172, S. 565; Warneyer, Anm. zu § 1172, S. 441; Willenbücher, 1 zu § 1172, S. 220; Wolff § 148 VII, S. 552.

[15]) Vgl. Bruck, S. 202.

auf seinem Grundstück ruhende Hypothek beeinträchtigt das Recht der übrigen Eigentümer. Es erscheint inkonsequent, ihm (dem einzelnen Eigentümer) die Verfügung zwar prinzipiell zu verweigern, ihm aber das Recht zu geben, die Hypothek an seinem Grundstück löschen zu lassen.

Hachenburg [16]) hinwiederum geht bei dem Verfügungsverbot des einzelnen Eigentümers über die Gesamthypothek und den Anteil davon aus: „Die Disposition eines Eigentümers über seinen Anteil würde es ausschließen, daß die anderen Eigentümer ihre Beteiligung gegen Reduktion des Eintrags auf ihre Grundstücke aufheben", d. h., wie er an anderer Stelle [17]) ausführt, daß durch die Verfügung eines der Beteiligten (eines Einzeleigentümers) über seinen Anteil an der Gesamthypothek die Beschränkung auf die einzelnen Grundstücke vereitelt werden könnte, bzw. das im § 1172 Abs. 2 ausgesprochene Recht der Eigentümer hinfällig gemacht werden würde.

Gierke [18]) sagt: Der einzelne Eigentümer hat keinen gesonderten Anteil, sondern nur einen unausgeschiedenen Wertanteil, der sich nach dem jeweiligen Verhältnisse des Wertes seines Grundstücks zu dem Werte der sämtlichen Grundstücke bestimmt; ein Verfügungsrecht (über die daher einheitliche Gesamthypothek) durch Abtretung, Belastung, Veränderung oder Aufhebung ebenso wie die Geltendmachung im Falle der Zwangsvollstreckung steht nur allen gemeinschaftlich zu.

Böhm [19]) will einerseits die Vorschriften über die Gesellschaft nicht auf die Gemeinschaft der Eigentümer anwenden, andererseits aber auch nicht die Bestimmungen der §§ 741 ff., weil die Anteile nicht „präsumtive gleiche sind", wie § 742 annimmt, sondern sich nach dem „Wertverhältnisse" des § 1172 Abs. 2 bestimmen. Zwar spricht Böhm hier [19]) nicht wie an früherer Stelle [20]) ausdrücklich von einer bestimmten Art von Gemeinschaft, der er sich anschließt; bei ihm kehren aber die gleichen Gedanken wie bei Hachenburg wieder, der sich für die Gemeinschaft zur gesamten Hand bekannt hat [21]).

Lang [22]) geht zum Teil mit den bisher genannten Schriftstellern überein. Auch nach seiner Meinung bedarf es zur Übertragung und Belastung der Gesamthypothek der Zustimmung und Mitwirkung aller Eigentümer. Die Verfügung eines Eigentümers über die Hypothek an seinem Grundstück ist ausgeschlossen; denn solange die einzelne Zweighypothek im gesamthypothekarischen Verbande steht, fehlt ihr die rechtliche Selbständigkeit. Mit seinen weiteren Ausführungen steht er dagegen allein. Nach diesen ist der einzelne Eigentümer nicht gehindert, die Zweighypothek an seinem Grundstück löschen zu lassen. Lang gibt zwar zu, daß dadurch die Interessen der an den anderen Grundstücken

[16]) Vgl. Hachenburg Beitr., S. 141.
[17]) Vgl. Hachenburg Vortr., S. 620; ebenso: Böhm, Anm. zu § 1172, S. 255.
[18]) Gierke, § 167 V 7, S. 940.
[19]) Böhm, Anm. zu § 1172, S. 255; desgl. jedoch ohne diese eingehende Begründung: Kuhlenbeck, 3 zu § 1172, S. 809: „Gemeinschaft zur gesamten Hand. Nicht anwendbar sind §§ 705 ff. und 741 ff."
[20]) Vgl. Böhm, Anm. zu § 1132, S. 183.
[21]) Dies stellt auch Fuchs, II 3 zu § 1172, S. 532 fest.
[22]) Vgl. Lang, S. 295.

hinter dem Gesamthypothekar eingetragenen Gläubiger berührt werden; denn nach seiner Meinung muß sich der jedem der anderen Eigentümer auf Grund des § 1172 Abs. 2 zuzuteilende Betrag der Gesamthypothek erhöhen und der den Nachhypothekaren im Falle der Versteigerung zufließende Erlösanteil um ebensoviel vermindern. Er glaubt aber „angesichts des von den selben Folgen begleiteten Verzichtsrechts des Gesamthypothekars (§ 1175 Abs. 1 Satz 2) dem einzelnen Eigentümer die Löschung seiner Eigentümerzweighypothek nicht versagen zu können".

b) Gemeinschaft nach Bruchteilen.

Für eine Gemeinschaft nach Bruchteilen sprechen sich vor allem Endemann, Fuchs, Goldmann-Lilienthal, Güthe, Kretzschmar, Matthias, Neumann, Predari, Recke, der Kommentar von Reichsgerichtsräten, Siméon-David, Türcke und Turnau-Förster aus.

In der Begründung kehrt bei fast allen Schriftstellern der § 741 wieder, nachdem zunächst festgestellt worden ist, daß nach §§ 1172 Abs. 1 und 1175 ein Recht (hier die Gesamthypothek) mehreren gemeinschaftlich zusteht und sich wegen der Art der Gemeinschaft aus dem Gesetze nichts anderes ergibt[23]). Der § 741 besagt: „Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742 bis 758 Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen)".

Im einzelnen führen Goldmann-Lilienthal[24]) aus, daß die zwischen den Eigentümern bestehende Gemeinschaft „grundsätzlich als eine Gemeinschaft nach Bruchteilen nach §§ 742 ff. aufgefaßt werden müsse".

Hierin erfolgt auch Predari[25]), der als das Gesetz, aus dem sich eine die Bruchteilsgemeinschaft ausschließende Regelung ergeben könnte, zunächst nur den § 1172 Abs. 2 anführt, daneben aber auch eine Prüfung nach der Richtung fordert, inwieweit die allgemeinen Vorschriften über die Gesamthypothek etwa der Anwendung der §§ 742 ff. entgegenstehen. Predari entnimmt aber weder aus § 1172 Abs. 2, daß dieser nicht mit den Grundsätzen der Bruchteilsgemeinschaft vereinbar ist, noch weist er allgemeine Vorschriften über die Gesamthypothek nach, die eine Anwendung der §§ 742 ff. ausschließen.

Am eingehendsten befaßt sich Fuchs[26]) mit der Streitfrage. Er führt aus: Bei Annahme einer Gemeinschaft zur gesamten Hand hätte das Gesetz notwendig positive Dogmen für die Regelung einer solchen geben, zum mindesten wegen Fehlens allgemeiner Normen bestimmen müssen, ob die Grundsätze des Gesellschaftsvermögens (§§ 719 ff.), des ehelichen Gesamtgutes (§§ 1437 ff., 1442) oder der Erbengemeinschaft (§ 2033), die doch keineswegs gleich seien, Platz greifen sollen; es sei auch durch nichts begründet, wenn Biermann[27])

---

[23]) Damit hat es bei Matthias, § 206 III A 2, S. 535, Recke in JW 1936/1036 ff., 1040 u. 1041 und Siméon-David, § 104 VII 3a, S. 224 sein Bewenden.
[24]) Vgl. Goldmann-Lilienthal II, § 80 III 1, S. 583.
[25]) Predari, S. 446, 447.
[26]) Vgl. Fuchs, II 3 zu § 1172, S. 552.
[27]) Biermann, 1b zu § 1172, S. 565.

und andere gerade nach § 719 die Verfügung versagen, statt sie nach Analogie des § 2033 zu gestatten. Daß, wie Böhm [28]) meint, die Teile entgegen § 742 nicht „präsumptive gleich" seien, habe keine Bedeutung; denn die Gleichheit der Anteile sei für die Teilgemeinschaft nicht zwingendes Recht und mache nicht ihr Wesen aus [29]).

Vor allem aber führt Fuchs zur Begründung der Bruchteilsgemeinschaft die oben bereits dargelegte Ansicht der zweiten Kommission [30]) an. Damit — so sagt Fuchs zwar nicht ausdrücklich, dem Sinne seiner Ausführungen nach kann es aber nur dahin verstanden werden, dafür um so eindeutiger Predari [31]) — steht von Anfang an die Größe der Anteile fest und es ergibt sich daraus ohne weiteres die Möglichkeit und Zulässigkeit der Verfügung über den Anteil, wie es in § 747 Satz 1 vom Gesetze ausdrücklich für die Bruchteilsgemeinschaft geregelt ist.

So bemerkt denn auch Fuchs weiter: Gegen die Annahme einer Teilgemeinschaft würde nur sprechen, wenn die Hypothekenquoten erst durch das Teilungsverlangen des § 1172 Abs. 2 entstünden; dies sei aber nicht der Fall. Denn das Teilungsverlangen brauche nicht bloß als konstitutives, sondern könne auch als deklaratives gedacht sein, d. h. als ein solches, das die Anteile nicht erst zur materiellen Entstehung, sondern lediglich zur formellen Erscheinung bringe.

Schließlich sieht auch Fuchs keinen Grund, warum der einzelne Eigentümer nicht über den Anteil verfügen dürfe; die Auffassung Hachenburgs [32]), daß der einzelne Eigentümer durch eine Verfügung über den Anteil das Teilungsrecht der anderen aus § 1172 Abs. 2 vereiteln könne, entbehre der tatsächlichen Unterlagen und sei mehr „de lege ferenda als de lege lata" beachtlich; zudem wäre selbst mit der Qualifizierung der Gemeinschaft als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand noch keineswegs entschieden, daß der einzelne Eigentümer über seinen Anteil an der Gesamthypothek nicht verfügen könne, da die einzelnen Fälle der Gemeinschaft zur gesamten Hand keineswegs gleich liegen und keineswegs darin übereinstimmen, daß dem einzelnen Teilhaber die Verfügung über seinen Anteil am Gemeinschaftsgut versagt ist (vgl. insbesondere § 2033).

Endemann [33]) wieder verneint eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, weil es an dem abgesondertem Vermögen fehle; einer solchen Gemeinschaft widerspreche das Recht der Beteiligten, die Teilung zu verlangen.

Güthe und Turnau-Förster [34]) lassen die Verfügung über den Anteil an der Gesamthypothek nach § 747 Satz 1 zu, Turnau-Förster allerdings mit der

---

[28]) Vgl. Böhm, Anm. zu § 1172, S. 254.
[29]) Wie Fuchs: Güthe, 14 zu § 22 GBO, S. 531; Neumann, A II 1a b zu § 1172, S. 946; RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.
[30]) Vgl. Protokolle 3, S. 629.
[31]) Predari, S. 446: Er erachtet den Zeitpunkt der Teilung für maßgebend, damit keine Ungewißheit herrsche. Damit sei die Möglichkeit einer Verfügung über den Anteil vor der Teilung gegeben.
[32]) Vgl. Hachenburg Beitr., S. 140, Vortr., S. 620.
[33]) Vgl. Endemann § 124, S. 491 ff.
[34]) Vgl. Güthe, 14 zu § 22 GBO, S. 531; Turnau-Förster, 2 zu § 1172, S. 944.

Einschränkung, daß dadurch der Bestand der Gesamthypothek nicht beeinträchtigt werde. Dagegen sagt der Kommentar von Reichsgerichtsräten[35]: Nach § 747 könnte an sich jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen, während über die Gesamtgrundschuld im ganzen die Teilhaber nur gemeinschaftlich zu verfügen befugt seien (z. B. bei der Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung, Aufhebung, Umwandlung in eine Hypothek für eine neue Forderung gemäß § 1198, Umschreibung der Grundschuld auf die Namen der Eigentümer); aber ohne eine vorherige Verteilung nach Maßgabe des § 1172 Abs. 2 werde die Verfügung über einen Anteil nicht durchführbar sein, da dieser nicht feststehe. Hierin liegt aber offenbar ein Widerspruch in den Ausführungen dieses Kommentars; kurz zuvor beruft er sich auf die Ansicht der Kommission[36] bezüglich des Zeitpunkts der Wertberechnung.

Kretzschmar[37] geht bezüglich des Verfügungsverbots über die Gesamthypothek im ganzen mit den bisher genannten Schriftstellern und Kommentaren überein, äußert sich jedoch nicht über die Verfügung über den Anteil. Es ist aber unverkennbar, daß er sie gestatten will und damit Teilgemeinschaft annimmt. Mit Turnau-Förster und dem Reichsgericht[38] bejaht er die Frage, ob der einzelne Eigentümer die Bewilligung der Aufhebung der Gesamthypothek an seinem Grundstück von den anderen Eigentümern verlangen kann, wenn er auf seine Mitgliedschaft zur Gemeinschaft verzichtet. Und zwar läßt er dies aus dem Grund zu, weil der Verzicht und das Ausscheiden der Hypothek aus dem Gesamtverbande den übrigen Beteiligten nur zum Vorteile gereicht; es verhält sich, wie er sagt, damit ebenso, wie wenn ein einzelner Eigentümer bei der Auseinandersetzung auf eine Zuteilung für sein Grundstück verzichtet. Turnau-Förster gelangen mit dem Reichsgericht zu dem gleichen Ergebnis; ihrer Meinung nach gehört die Beschaffung der Löschungsbewilligung zu den Individualrechten, die von den einzelnen Teilhabern selbständig ausgeübt werden können.

c) Gemeinschaft besonderer Art.

Für eine Gemeinschaft besonderer Art treten Brinck, Oberneck und Planck ein.

Planck[39] äußert sich folgendermaßen: Zwischen den Eigentümern der belasteten Grundstücke besteht keine Gemeinschaft zur gesamten Hand und auch keine gewöhnliche Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 742 ff.), sondern eine Gemeinschaft besonderer Art. Die für diese Gemeinschaft maßgebenden Grundsätze sind einerseits aus der Natur des gemeinschaftlichen Rechtes, andererseits aus den über einzelne Fragen gegebenen besonderen Vorschriften abzuleiten; insbesondere ist die Auseinandersetzung durch § 1172 Abs. 2 geregelt. Über sein Anteilsrecht kann der einzelne Eigentümer verfügen. Nur zu Verfügungen über die Gesamthypothek im ganzen, sowohl zu einer Übertragung oder Be-

[35]) Vgl. RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.
[36]) Vgl. Protokolle 3, S. 629.
[37]) Kretzschmar, 3 zu § 1172, S. 562.
[38]) Turnau-Förster, 2 zu § 1172, S. 944; RG 60/270.
[39]) Vgl. Planck, 3b zu § 1172, S. 1007.

lastung als auch zur Aufhebung oder Aenderung des Inhalts oder Ranges der Hypothek, z. B. zur Umwandlung der Eigentümer-Gesamthypothek in eine Fremdhypothek, zur Ausschließung der Erteilung des Briefes oder zur Aufhebung der Ausschließung und auch der Prozeßführung bedarf es der Mitwirkung aller Eigentümer. Hiervon gilt auch für die Löschung der Hypothek an einem der belasteten Grundstücke keine Ausnahme; es ist Lang[40]) nicht beizupflichten, wenn dieser auf Grund des Verzichtsrechts des Gesamthypothekengläubigers (§ 1175 Abs. 1 Satz 2) dem einzelnen Eigentümer das Recht beilegt, die Hypothek an seinem Grundstück löschen zu lassen, desgleichen nicht Predari, der dieses Recht dem einzelnen Eigentümer auf Grund der Erwägung zubilligt, daß jeder Eigentümer nur einen Anspruch auf Zuteilung einer Einzelhypothek an seinem eigenen Grundstück hat, der durch die Löschung der „Post" auf einem anderen Grundstück nicht berührt wird; aus § 1175 Abs. 1 Satz 2 ist nur zu folgern, daß die Gesamtheit der Eigentümer, nicht aber ein einzelner, auf die Eigentümer-Gesamthypothek an dem einzelnen Grundstück verzichten kann.

Oberneck[41]) sagt: Das Wesentliche der Bruchteilsgemeinschaft besteht darin, daß von vorneherein ein jeder Miteigentümer zu einem Bruchteil berechtigt ist und im Zweifel (§ 742) die ideellen Anteile für alle Teilhaber die gleichen sind. Ein Bruchteil an der Gesamthypothek steht hier aber dem einzelnen Eigentümer niemals zu; er ist entweder ohne Feststellung eines besonderen bestimmten Anteiles, wie bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand, mitbeteiligt oder er scheidet aus der Gemeinschaft unter Zuweisung einer ihm erst zu schaffenden Einzeleigentümerhypothek aus. Der § 1172 Abs. 2 statuiert aber erst die Zuweisung; bevor der Eigentümer das Verlangen hieraus nicht gestellt hat, besteht überhaupt kein ziffermäßiger Anteil des Einzeleigentümers, es sei denn, man würde dem einzelnen Eigentümer in ähnlicher Weise, wie es der Miterbe bezüglich seines Rechtes am ungeteilten Nachlaß hat (§ 2033), das Recht zugestehen müssen, über seinen Anteil an der gemeinschaftlichen Hypothek als solchen verfügen zu können; daraus allein aber folgt nicht, daß er etwa über einen bestimmten Teil oder einen Bruchteil an der gemeinschaftlichen Eigentümerhypothek verfügen kann; die Eigentümer-Gesamthypothek ist eine einheitliche und darf nicht durch Verfügungen wie die Übertragung oder Belastung in mehreren Hypotheken gespalten werden.

Brinck[42]) bringt zu dieser Frage überhaupt keine neuen Gedanken. Er wiederholt im wesentlichen nur die Ausführungen von Oberneck und Planck.

3. Eigene Stellungnahme.

Angesichts der Uneinigkeit, die in Ansehung der Rechtsnatur der fraglichen Gemeinschaft herrscht, bedarf es einer kritischen Sichtung der vorgebrachten mannigfaltigen Gründe. Die Kritik wird jedoch erst verständlich, wenn die eigene Ansicht zu dieser Frage bekannt ist.

[40]) Vgl. Lang, S. 295.
[41]) Vgl. Oberneck, § 151 Ziff. 7, S. 889 ff., 891.
[42]) Vgl. Brinck, S. 149.

M. E. liegt eine Gemeinschaft nach Bruchteilen gemäß §§ 742 ff. vor. Für diese Gemeinschaftsform spricht in erster Linie die klare und eindeutige Abfassung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften. Zwar geben die §§ 1172 Abs. 1 und 1175 Abs. 1 lediglich an, daß das Recht, die Eigentümer-Gesamthypothek, den Eigentümern „gemeinschaftlich" zusteht, bzw. zufällt, ohne eine ausdrückliche Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses selbst zu treffen. Indes, wenn § 741 klar sagt: „Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu, so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742 ff. Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen)", so ist kein stichhaltiger Grund vorhanden, von der nach der Fassung dieser Vorschrift gewollten Regel der Bruchteilsgemeinschaft abzugehen. Soll eine andere Art der Gemeinschaft, z. B. die „zur gesamten Hand", gelten, so muß die Abweichung vom Regelfall eindeutig hervorgehen[43]). Die Abweichung kann im Gesetz durch ausdrückliche Bezeichnung der Gemeinschaftsform, z. B. Gemeinschaft zur gesamten Hand, erfolgen. Es ist aber auch möglich — und so ist in den nachstehend angeführten Fällen des BGB —, daß sie sich nur mittelbar aus dem Gesetz ergibt, indem dort Eigenschaften und rechtliche Folgen ausgesprochen werden, die von der Rechtswissenschaft als Kennzeichen einer bestimmten Gemeinschaftsform anerkannt sind. So kommt z. B. bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff.) und der ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1437 ff.) die Gemeinschaftsform zur gesamten Hand in der Regelung der Verfügungsgewalt zum Ausdruck, welche die §§ 718, 1442 abweichend von der Norm des § 747 vornehmen. Eine gleiche oder nur ähnlich lautende Vorschrift ist bei dem Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht nicht vorhanden, eine von der Regel der §§ 742 ff. abweichende Willensrichtung des Gesetzgebers aus §§ 1172, 1175 und 1132 nicht zu ersehen. Daraus allein müßte, wie die Anhänger der Bruchteilsgemeinschaft auch richtig ausführen, zu folgern sein, daß die zwischen den Eigentümern der belasteten Grundstücke bestehende Gemeinschaft im System des BGB nicht die von der Regel der Gemeinschaft nach §§ 742 ff. verschiedene Sonderstellung einnimmt, die ihr von den Vertretern der Gemeinschaft zur gesamten Hand und besonderer Art zugedacht wird. Die Gemeinschaft der mehreren Eigentümer ist also eine Bruchteilsgemeinschaft.

Dieser Ansicht wird freilich entgegengehalten werden können — und dies geschieht auch mittelbar von Seite der Vertreter der anderen beiden Gemeinschaftsarten --, sie stütze sich lediglich auf das Gesetz, lege nur dieses und dazu noch sehr enge aus. Der Einwand trifft, rein äußerlich betrachtet, vollkommen zu. Die hier vertretene Meinung beruht tatsächlich in erster Linie nur auf dem Gesetz. Aber trotzdem ist der Einwand nicht stichhaltig und geeignet, die vertretene Ansicht zu erschüttern.

Man darf wohl allgemein bei der Auslegung einer Gesetzesvorschrift, sei sie nun wirklich unklar oder nicht, nicht am bloßen Worte hängen bleiben; denn das hieße, zumal heute, dem Leben, das zwar durch das Gesetz in geordnete Bahnen gelenkt, aber nicht allein bestimmt werden soll, Gewalt antun und den

[43]) Vgl. hierzu Fußnote 1 auf Seite 22 der Abhandlung.

wahren Grundsätzen des Rechtes und seiner Aufgabe — nämlich den Bedürfnissen des Lebens zu dienen —, entgegenarbeiten; aber ebenso falsch ist es auf der anderen Seite, in das Gesetz und die Gesetzesworte etwas hineinzulegen, was als Sinn und Zweck des Gesetzes nicht gewollt war und auch nicht mit praktischen Erwägungen und allenfallsigen Billigkeitsgründen gerechtfertigt werden könnte[44]).

Diese Betrachtungsweise führt allerdings unwillkürlich auf den Gesetzgeber zurück und man ist dann auch versucht, zu ermitteln, was dieser bei Erlassung der Vorschrift gewollt hat, d. h. also den Willen des Gesetzgebers zu erforschen. Auch das kann falsch sein, besonders dann, wenn sich die Umstände seither stark geändert haben; denn Ziel und Aufgabe jeder gesetzlichen Vorschrift ist, immer nur das gegenwärtige Leben, nicht das vergangene zu ordnen.

Hier handelt es sich um die Gesamthypothek (-Grundschuld), welche die Eigentümer-Gesamthypothek (-Grundschuld) mitumfaßt. Sie ist eine vom Recht, wenn auch mit Rücksicht auf den Geld- und Kreditverkehr geschaffene Einrichtung, also etwas Künstliches. Ihre rechtliche Gestaltung hing ganz vom Willen des Gesetzgebers ab; es muß daher gestattet sein, in diesem Falle sich besonders auf die Gesetzesmaterialien zu stützen.

Wie aus der in den Protokollen niedergelegten Auffassung der zweiten Kommission[45]) ersichtlich ist, wurde anläßlich der Beratung der Vorschriften über die Gesamthypothek der Standpunkt vertreten, daß für die Wertberechnung bei der nach § 1172 Abs. 2 vorzunehmenden Verteilung der Zeitpunkt der Entstehung des hypothekarischen Rechtes, maßgebend sei. Damit sollte wohl zum Ausdruck kommen, daß, wie einzelne Vertreter[46]) der Bruchteilsgemeinschaft als sicher annehmen, die (ideellen) „Anteile" an der bis zur Teilung zwar äußerlich einheitlichen Eigentümer-Gesamthypothek von Anfang an fest bestimmt, zum mindesten aber bestimmbar sind; einer Berücksichtigung späterer Änderungen, sei es des Wertes der Grundstücke, sei es der auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Belastungen, bedarf es dann nicht mehr. In den Protokollen ist zwar über die Art der fraglichen Gemeinschaft positiv nichts gesagt; solchenfalls wäre wohl kaum eine Uneinigkeit im Schrifttum hervorgerufen worden. Es geht aber negativ aus dem zuvor Ausgeführten hervor, daß keine Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehen soll; denn bei dieser kann die Größe der Anteile nur nach Aufhebung der Gemeinschaft auf Grund einer Auseinandersetzung festgestellt werden. Wenn aber, wie hier, die „Anteile" der Größe nach feststehen, dann ergibt sich auch die Möglichkeit und Zulässigkeit der Verfügung über sie, eine Feststellung, die den wesentlichen Unterschied zwischen der Gemeinschaft nach Bruchteilen und der zur gesamten Hand aufzeigt.

[44]) Vgl. Enneccerus-Nipperdey I, § 52, S. 151: „Meistens führt die Auslegung nur dahin, den dunklen, insbesondere den mehrdeutigen oder unvollständigen Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens aufzuklären (sog. deklaratorische Auslegung). Soweit der Ausdruck klar ist, wird ein besonnener Ausleger sich nicht leicht verleiten lassen, Zweifel aufzuwerfen und Gedanken, zumal Unterscheidungen, in das Gesetz hineinzudeuten, zu denen der Wortlaut keine Veranlassung gibt."

[45]) Vgl. Protokolle 3, S. 629.

[46]) Vgl. Fuchs, II 3 zu § 1172, S. 552, vor allem aber Predari, S. 447.

Die Gründe, welche die Vertreter sowohl der „Gemeinschaft zur gesamten Hand“ als auch die der „Gemeinschaft besonderer Art“ gegen die Bruchteilsgemeinschaft vorbringen, sind nicht durchschlagend und überzeugend.

Diese Schriftsteller verbieten eine Verfügung des einzelnen über den Anteil. Zur Rechtfertigung wird, namentlich von Bruck[47]), geltend gemacht, es werde dadurch das Recht der übrigen Beteiligten beeinträchtigt. Nach Hachenburg und Böhm[48]) würde die Disposition eines Eigentümers über seinen Anteil ausschließen, daß die anderen Eigentümer ihre Beteiligung gegen Reduktion des Eintrags auf ihre Grundstücke aufheben, d. h. es könnte dadurch die Beschränkung auf die einzelnen Grundstücke vereitelt werden. Wenn eine Beeinträchtigung, wie sie Bruck behauptet, wirklich stattfände, desgleichen, wenn die von Hachenburg und Böhm genannten Folgen bestünden, dann wäre allerdings die Verfügung zu versagen. Bruck hat sich indes über die Beeinträchtigung nicht näher geäußert; es kann daher nur auf die Ausführungen Hachenburgs und Böhm eingegangen werden:

Solange die Gesamthypothek noch nicht den Eigentümern nach §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1175 als Eigentümer-Gesamthypothek angefallen ist, desgleichen, nachdem sie auf den Gläubiger wegen nachträglicher Entstehung der Forderung oder nachträglicher Übergabe des Briefes übergegangen ist, steht den Eigentümern kein Recht an der Hypothek zu, sondern nur eine durch das Schicksal der Forderung und auch durch den Willen des Gläubigers (§ 1175) bedingte Anwartschaft auf die Eigentümerhypothek; es können weder die Eigentümer über die Hypothek im ganzen oder über einen „Anteil“ noch die einzelnen Eigentümer (auch wenn wir Bruchteilsgemeinschaft annehmen) über diese „Anteile“ verfügen. Scheidet ein Grundstück, weil nun an ihm der Gläubiger gemäß § 1175 Abs. 1 Satz 2 auf die Hypothek verzichtet hat, aus, so wird zwar die Sicherheit verringert — dies aber nur für den Gläubiger —, weil die Breite der Haftung kleiner wird; eine Beeinträchtigung der Eigentümer liegt aber darin nicht, da bei der Gesamthypothek jeder Eigentümer damit rechnen muß, daß ihm gegenüber die Hypothek zum vollen Austrag kommt. Eine Verfügung des Hypothekengläubigers in dem genannten Sinne ergreift also die ganze Hypothek.

Sobald aber die Gesamthypothek den Eigentümern gemeinschaftlich zusteht, ist es anders. Das Recht eines jeden einzelnen Eigentümers, für sich allein genommen, bezieht sich nicht etwa auf die Gesamthypothek im ganzen (zu deren vollen Betrag), sondern, wie aus § 1172 hervorgeht, nur auf den sich nach § 1172 Abs. 2 ergebenden „Anteil“ an ihr[49]). Man kommt hierbei letzten Endes auf die rechtliche Natur und die praktische Bedeutung der Eigentümerhypothek zurück. Sie gibt dem Eigentümer — mag man sich im einzelnen bezüglich ihrer rechtlichen Natur dieser oder jener Ansicht anschließen[50]) — das

[47]) Vgl. Bruck, S. 202.
[48]) Vgl. Hachenburg Beitr., S. 141, Vortr., S 621; Böhm, Anm. zu § 1172, S. 255.
[49]) Über die Wertberechnung und deren Grundsätze siehe unten Abschnitt IV.
[50]) Vgl. die Ausführungen in der Einleitung, oben Abschnitt I, insbesondere Fußnote 2, auf Seite 1.

Recht auf Befriedigung vor im Range nachstehenden Gläubigern oder hält dem Eigentümer die ihrer Größe entsprechende Rangstelle offen, damit er sie wirtschaftlich verwerten kann, z. B. durch Eintragung einer neuen Hypothek mit dem günstigeren Range[51]). Bei der Gesamthypothek steht dieses Recht, wie bemerkt, dem einzelnen Eigentümer nur für den „Anteil" nach § 1172 Abs. 2 zu. Über diesen „Anteil", diese „Grundbuchstelle" zu verfügen, muß dem einzelnen Eigentümer aber gestattet sein. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch eine Verfügung über den Anteil die übrigen Eigentümer beeinträchtigt, insbesondere die „Beschränkung auf die einzelnen Grundstücke vereitelt" wird. Denn das Recht eines jeden der mehreren Eigentümer beschränkt sich auf den „Anteil" und durch die Verfügung über seinen „Anteil" kann kein Eingriff in andere „Anteile" erfolgen.

Verzichtet der einzelne Eigentümer auf seinen „Anteil" an der gemeinschaftlichen Eigentümerhypothek[52]), so kommt dies in seiner praktischen Bedeutung einem Ausscheiden des betreffenden Eigentümers aus der Gemeinschaft gemäß § 1172 Abs. 2 gleich. Dagegen wird von einer Belastung oder Verpfändung des „Anteils", einer Rangänderung usw., immer nur das Recht des einzelnen Eigentümers, aber niemals dasjenige sämtlicher Eigentümer betroffen.

Eine gesetzliche Handhabe für das Verfügungsverbot glauben die Vertreter der Gemeinschaft zur gesamten Hand in einer Analogie aus §§ 719 und 1442 gefunden zu haben, die unbestritten zwei Fälle der „starken" Gesamthand betreffen. Sie bedenken aber offensichtlich nicht, daß doch auch die Erbengemeinschaft der §§ 2032 ff., eine Gesamthandgemeinschaft darstellt, wenn auch eine sogenannte „schwache", und daß bei dieser nach § 2033, wie auch bei der Reederei des Handelsrechts nach § 503 HGB, die Verfügung über den Anteil gestattet ist. Es wird nun aber nirgends dargetan, auf welche Gründe gerade die Annahme einer Analogie aus den §§ 719 und 1442[53]) gestützt werden kann. Diese Annahme muß daher zum mindesten als willkürlich erscheinen. Hachenburg als Vertreter der Gesamthandsgemeinschaft sagt doch gerade hierzu, die fragliche Gemeinschaft sei keine „Sozietät" (also Gesellschaft), da eine solche nur durch Vertrag entstehen könne. Hierin wird er vom Reichsgerichtsrätekommentar[54]) unterstützt, der jedoch die Bruchteilsgemeinschaft vertritt; dieser schreibt nämlich, daß die Grundsätze der Gemeinschaft zur gesamten Hand ausscheiden müssen und insbesondere die Begriffsbestimmung der Gesellschaft in §§ 705 ff. nicht paßt.

Selbst die Richtigkeit der Gemeinschaft zur gesamten Hand unter den Eigentümer unterstellt, hätte m. E., wenn schon in der Frage der Verfügungsgewalt über den „Anteil" mit Analogieschlüssen gearbeitet werden soll, nach Analogie aus § 2033 vorgegangen werden müssen. Die Gemeinschaft der

---

[51]) Vgl. Protokolle 3, S. 600, 601, die diese Auffassung mit der Auffassung des Verkehrs begründen; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1266.

[52]) Im Vollzug des Verzichts ist im Grundbuch der „Anteil" zu „löschen"; aus diesem Grunde wird im Schrifttum hier von „löschen" gesprochen.

[53]) So Biermann, 1 b zu § 1172, S. 565; Hachenburg Beitr., S. 141, Vortr., S. 620.

[54]) Vgl. RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.

§§ 1172 und 1175 hat mit der Erbengemeinschaft weit mehr Ähnlichkeit als mit den Gemeinschaften der §§ 705 ff. und 1437 ff. Letztere können nur durch Vertrag begründet werden. Zu einer Erbengemeinschaft kommt es jedoch kraft Gesetzes, unabhängig vom Willen der Gemeinschafter (hier Erben); sie tritt nach §§ 1922, 2032 mit dem Tode des Erblassers ins Dasein, wobei sich die „Anteile" der Erben mangels anderweitiger Verfügung nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge bestimmen. Ebenso entsteht die Gemeinschaft der Eigentümer nach §§ 1172 und 1175 kraft Gesetzes, ohne Mitwirkung der mehreren Eigentümer, unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen. Sowohl bei der Gemeinschaft der Eigentümer als auch bei der der Erben haben wir eine gesetzliche Teilungsregel, die im Zweifel gilt, falls keine abweichenden Bestimmungen über die Größe der Anteile getroffen sind, was in beiden Fällen zulässig ist. Voraussetzung für einen anderen Teilungsmaßstab ist bei der Gemeinschaft der Eigentümer nach § 1172 Abs. 2 („ . . . sofern nicht ein anderes vereinbart ist . . .") ein Vertrag unter den Gemeinschaftern (Eigentümern), bei der Erbengemeinschaft entweder ein Erbvertrag zwischen Erblasser und Erben (§ 1941) oder ein Testament, in dem der Erblasser auch einseitig einen anderen Verteilungsmaßstab bestimmen kann (§ 1937). Nach Analogie des § 2033 wäre dann bei der Gemeinschaft der Eigentümer gemäß §§ 1172, 1175 die Verfügung über den Anteil zu gestatten. Damit wäre zugleich der wesentliche strittige Punkt beseitigt; denn letzten Endes geht es bei dem ganzen Streit um die Rechtsnatur der Gemeinschaft zwischen den Eigentümern darum, ob der einzelne Eigentümer über den „Anteil" an der Gesamthypothek verfügen kann oder nicht. Nehmen wir eine Gemeinschaft nach Bruchteilen an, und diese Annahme hat, wie die bisherigen Darlegungen ergeben, vor allem das Gesetz selbst für sich, dann ergibt sich die Verfügungsbefugnis aus § 747 Satz 1. Legen wir hingegen eine Gemeinschaft zur gesamten Hand zugrunde und entschließen uns zu einer Analogie aus § 2033, so kommen wir am Ende zu dem gleichen Ergebnis; es kann der einzelne Eigentümer ebenfalls über seinen „Anteil" verfügen. Es führt also die Anwendung von Vorschriften der Gemeinschaft zur gesamten Hand, nämlich die des § 2033, zu dem gleichen Ergebnis wie die Bruchteilsgemeinschaft. Während aber die Gemeinschaft zur gesamten Hand für den Fall der Eigentümer-Gesamthypothek weder im Gesetz unmittelbar verankert ist noch auch mittelbar aus ihm hervorgeht, sondern statt dessen nur durch willkürliche Annahme gerechtfertigt werden kann, beruht die Anwendung der Vorschriften über Bruchteilsgemeinschaft in erster Linie auf dem Gesetz, auf § 741. Vernünftigerweise ist dann auch nur die Bruchteilsgemeinschaft zugrundezulegen.

Gierke[55]) verbietet die Verfügung des einzelnen Eigentümers sowohl über die Gesamthypothek als auch über den „Anteil". Er bemerkt dazu, der einzelne Eigentümer besitze keinen gesonderten Anteil, sondern nur einen „unausgeschiedenen Wertanteil", womit er wohl das gleiche meint, wie Hachenburg[56])

[55]) Vgl. Gierke, § 167 V 7, S. 940.
[56]) Vgl. Hachenburg Vortr., S. 620.

mit seiner Annahme einer „Gemeinschaft nach Wertrelationen". Ob die Meinung von Gierke richtig ist, hängt aber wiederum nur davon ab, ob die Annahme einer Gemeinschaft zur gesamten Hand auch rechtlich begründet ist; dafür hat aber Gierke positiv nichts erbracht.

Nach Ansicht von Lang[57]), die nirgends geteilt wird, ist der einzelne Eigentümer befugt, die (Zweig-)Hypothek an seinem Grundstück „löschen" zu lassen, und zwar „angesichts des von denselben Folgen begleiteten Verzichtsrechts", das dem Gesamthypothekar nach § 1175 Abs. 1 Satz 2 zusteht. Diese Auffassung beruht indes auf einer falschen Voraussetzung. Das Verzichtsrecht des § 1175 Abs. 1 Satz 2 steht nur dem Gläubiger und nach dem Übergange der Gesamthypothek auf die Eigentümer sinngemäß deren Gesamtheit zu, da ihnen (den Eigentümern) die Gesamthypothek und die mit ihr verbundenen Rechte „gemeinschaftlich" zugefallen sind. Mit seiner Begründung könnte daher Lang die „Löschung" der Zweighypothek ohne Zustimmung der übrigen Eigentümer nicht rechtfertigen, d. h. die „Löschung" der Hypothek ohne Zustimmung der anderen Eigentümer wäre zu versagen.

Während Fuchs[58]) dem Teilungsverlangen nach § 1172 Abs. 2 lediglich deklaratorische Wirkung beimißt, möchte Oberneck[59]) durch das Verlangen die „Anteile" erst statuieren lassen. Aber weder die eine noch die andere Auffassung findet im Gesetz unmittelbar eine Stütze. Für Fuchs spricht aber die in den Protokollen niedergelegte Ansicht der zweiten Kommission. Hiermit können zugleich die Ausführungen des Reichsgerichtsrätekommentars[60]), daß ohne vorherige Verteilung nach § 1172 Abs. 2 die Verfügung eines Eigentümers über den Anteil nicht durchführbar ist, „da dieser nicht feststehe", widerlegt werden, zumal letzterer Kommentar die Ansicht der Kommission als die seine betrachtet.

Unbefriedigend sind schließlich die Ausführungen der Vertreter der Gemeinschaft besonderer Art.

Planck[61]) sagt, die für die Gemeinschaft der Eigentümer maßgebenden Grundsätze seien einerseits aus der Natur des gemeinschaftlichen Rechtes, andererseits aus den über einzelne Fragen gegebenen besonderen Vorschriften abzuleiten. Die „Natur des gemeinschaftlichen Rechtes" ist jedoch nichts anderes als die umstrittene Art der Gemeinschaft. Von den besonderen Vorschriften nennt Planck nur den § 1172 Abs. 2; andere gibt es in der Tat auch nicht. Aus § 1172 Abs. 2 ist aber über die Gemeinschaft selbst auch nichts zu ersehen; er regelt nur die Auseinandersetzung und hiebei besonders die Größe der „Anteile". Die daran anknüpfenden Ausführungen Plancks decken sich mit denen der meisten Vertreter der Bruchteilsgemeinschaft; insbesondere gestattet er dem einzelnen Eigentümer die Verfügung über den Anteil und verbietet sie bezüglich der Gesamthypothek zu deren vollen Betrag.

---

[57]) Vgl. Lang, S. 295.
[58]) Vgl. Fuchs, II 3 zu § 1172, S. 552.
[59]) Vgl. Oberneck, § 151 Ziff. 7, S. 890.
[60]) Vgl. RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.
[61]) Vgl. Planck, 3 b zu § 1172, S. 1007.

Nach Ansicht Obernecks[62]) steht dem einzelnen Eigentümer niemals ein Bruchteil an der Gesamthypothek zu. Entweder ist er ohne Feststellung eines besonderen bestimmten Anteils wie bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand mitbeteiligt oder aber er scheidet unter Zuweisung einer ihm erst zu schaffenden Eigentümer-Einzelhypothek aus. Bevor nicht das Verlangen gemäß § 1172 Abs. 2 vorliegt, besteht kein ziffermäßiger Anteil der Eigentümer. Hiergegen ist auf die in den Protokollen niedergelegten Ausführungen der zweiten Kommission zu verweisen, die Oberneck widerlegen, insbesondere was die Stellungnahme zur Frage des Zeitpunkts der Wertberechnung anbelangt.

Wenn nicht Planck, Oberneck und Brinck ausdrücklich erklärt hätten, daß sie die Gemeinschaft der Eigentümer als eine solche besonderer Art betrachten, so hätte man nach den Darlegungen von Planck und Brinck zu der Ansicht gelangen müssen, daß sie eine Gemeinschaft nach Bruchteilen annehmen, während Oberneck mit seinen Ausführungen in einer Linie mit den Vertretern der Gesamthandsgemeinschaft steht.

4. Folgerungen.

Die Folgerungen, die bei Annahme einer Gemeinschaft nach Bruchteilen gezogen werden müssen, ergeben sich aus §§ 742 ff., soweit nicht die §§ 1172 ff. Abweichendes verfügen.

In erster Linie sind die Anteile der einzelnen Grundstückseigentümer nicht gleich groß, wie § 742 („im Zweifel") bestimmt, sondern sie berechnen sich gemäß § 1172 Abs. 2 nach dem Werte der Grundstücke, abzüglich der der Hypothek im Range vorgehenden Belastungen[63]).

Bedeutsam sind sodann die Folgerungen auf dem Gebiete der Verfügungsgewalt des einzelnen Eigentümers. Hier greift § 747 Platz.

Handelt es sich nur um den Anteil des einzelnen Eigentümers an dem gemeinschaftlichen Gesamtpfand, dann ist der Eigentümer nach § 747 Satz 1 zur Verfügung berechtigt. Er darf seinen „Anteil" übertragen, belasten, verpfänden, insbesondere auch auf ihn verzichten und ihn im grundbuchmäßigen Vollzug des Verzichts „löschen" lassen[64]). Der Zustimmung der übrigen Eigentümer bedarf es zu solchen Verfügungen nicht; denn die übrigen Eigentümer haben weder ein Recht an dem „Anteil", noch wird hierdurch ihr gemeinsames Recht (die Gesamthypothek) beeinträchtigt.

Handelt es sich jedoch um die Verfügung über das Gesamtpfand im ganzen oder greift die Verfügung eines Eigentümers über seinen Anteil auf die Grundstücke der übrigen Eigentümer über seinen Anteil auf die Grundstücke der übrigen Eigentümer über, so kann sie gemäß § 747 Satz 2 nur unter Mitwirkung aller

---

[62]) Vgl. Oberneck, § 151 Ziff. 7, S. 890.

[63]) Wegen des Zeitpunkts der Wertberechnung und der Belastungen, siehe unten Abschnitt IV.

[64]) Vgl. Fußnote 52 auf Seite 33! — Praktisch führt der Verzicht des Eigentümers auf den „Anteil" und die nachfolgende Löschung zum Ausscheiden aus der Gemeinschaft.

Eigentümer erfolgen. Im einzelnen ist das der Fall bei der Übertragung, Belastung und Verpfändung des Gesamtpfandes, bei dessen Umwandlung in eine andere Grundpfandform, bei der Ausschließung der Erteilung des Briefes sowie bei der Aufhebung der Ausschließung. Die Mitwirkung sämtlicher Eigentümer ist ferner notwendig, wenn im Vollzuge des Verzichts des einzelnen Eigentümers auf seinen „Anteil" auf dem damit praktisch ausscheidenden Grundstück der Betrag des Gesamtpfandes gelöscht werden soll, der nach Abzug des Betrags des „Anteils" vom Werte des ursprünglichen Gesamtpfandes bestehenbleibt. Das gleiche gilt für die Löschung des Betrags des ausscheidenden „Anteils" auf den in der Haftungsgemeinschaft verbliebenen Grundstücken. Etwas anderes ist die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage, ob der einzelne Eigentümer hierzu die Mitwirkung der übrigen Eigentümer verlangen kann, ob ihm ein klagbarer Anspruch zusteht, so daß, falls die Eigentümer ihre Zustimmung verweigern, diese nach § 894 ZPO ersetzt zu werden vermag. In den zuletzt genannten Fällen der Löschung des „Anteils" auf den Grundstücken der übrigen Eigentümer und des Restpfandes auf dem Grundstück des verzichtenden Eigentümers muß eine dahingehende Verpflichtung der übrigen Eigentümer angenommen werden, da andernfalls die Vorschrift des § 1172 Abs. 2 keine praktische Bedeutung hätte; im übrigen ist eine solche Verpflichtung nicht anzuerkennen; der einzelne Eigentümer kann aber nach § 1172 Abs. 2 aus der Gemeinschaft ausscheiden.

Lang [65]) kommt bezüglich der „Löschung" des „Anteils" zu dem gleichen Ergebnis, jedoch mit anderer Begründung. Seiner Ansicht nach darf jeder Eigentümer die Zweighypothek an seinem Grundstück (d. i. nichts anderes als den „Anteil") löschen lassen, und zwar „angesichts des von denselben Folgen begleiteten Verzichtsrechts des Gesamthypothekars". Da das betreffende Verzichtsrecht nach dem Uebergang der Gesamt-Hypothek auf die Eigentümer nur noch von diesen gemeinschaftlich ausgeübt werden kann, ist Ansicht und Schlußfolgerung von Lang abzulehnen.

Der einzelne Eigentümer ist schließlich bezüglich des „Anteils" auch sachlich legitimiert. Er hat insoweit das Recht selbständiger Prozeßführung, kann wegen des Anteils klagen und verklagt werden, ohne daß ihm der Einwand der mangelnden Aktiv- oder Passivlegitimation entgegengehalten werden kann. Der § 62 ZPO 2. Alternative schlägt hier nicht ein; er ist für den Fall geschaffen, daß die Einzelklage deshalb abgewiesen werden müßte, weil das streitige Rechtsverhältnis nur für oder gegen alle Gemeinschafter geltend gemacht zu werden vermag. Das würde bei einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zutreffen, nicht aber bei einer Bruchteilsgemeinschaft, wie sie hier angenommen worden ist.

Anders verhält es sich mit Rechtsstreitigkeiten über das gemeinschaftliche Eigentümerpfand im ganzen. Hier besteht kein Zweifel, daß der Prozeß nur für oder gegen alle Eigentümer gemeinsam durchgeführt werden kann. Bei der Annahme einer Gesamthandsgemeinschaft wäre das ohne weiteres aus deren

[65]) Vgl. Lang, S. 295; so auch Predari, S. 446.

Natur zu schließen; bei der hier vertretenen Gemeinschaft nach §§ 742 ff. gibt § 747 Satz 2 die Vorschrift, welche die Sachlegitimation regelt. Für den Prozeß der mehreren Teilhaber findet daher in erster Linie § 59 ZPO Anwendung. Da aber die Eigentümer nur gemeinsam verfügen dürfen, sind sie insoweit auch notwendige Streitgenossen gemäß § 62 ZPO[66]).

[66]) Vgl. Lang, S. 322; Böhm, VI zu § 1132, S. 182.

IV. Die Auseinandersetzung der Gemeinschaft.

1. Zulässigkeit und Umfang.

Die Gemeinschaft der mehreren Eigentümer ist keine untrennbare.

Eine Umwandlung der Eigentümer-Gesamthypothek (-Gesamtgrundschuld) in Einzel-Eigentümerhypotheken (Einzel-Eigentümergesamtgrundschulden) kann zunächst auf der Grundlage des § 1132 Abs. 2 erfolgen[1]; hierzu ist aber die Übereinstimmung sämtlicher Eigentümer erforderlich. Wie große Teilbeträge sie den einzelnen Grundstücken zuteilen, unterliegt ihrem freien Ermessen; nur darf die Summe aller Teilbeträge den Betrag der Gesamthypothek nicht übersteigen. An ein Wertverhältnis sind die Eigentümer nicht gebunden. Diese Art der Verteilung wird praktisch nur selten Anwendung finden.

Außerdem hat aber nach § 1172 Abs. 2, vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung, jeder Eigentümer auch das Recht, zu verlangen, daß die Gesamthypothek an seinem Grundstück auf einem Teilbetrag beschränkt und in dieser Beschränkung ihm zugeteilt wird. Mit der Auflösung der Gemeinschaft steht dem einzelnen Eigentümer eine selbständige Eigentümerhypothek zu.

Die Verteilung der Gesamthypothek in Einzeleigentümerhypotheken muß nun nicht etwa, wenn ein Eigentümer die Beschränkung auf sein Grundstück verlangt, auch für die übrigen Eigentümer durchgeführt werden. Es ist im Gegenteil den die Beschränkung nicht begehrenden Eigentümern nicht verwehrt, die Gemeinschaft ohne den ausscheidenden fortzusetzen. Dieser eine Eigentümer scheidet alsdann unter Zuteilung einer Teilhypothek aus, während für die verbleibenden die Gemeinschaft weiterbesteht.

Nicht völlige Einigkeit herrscht darüber, ob solchenfalls die Teilhypothek von der Gesamthypothek abzuziehen ist oder ob letztere daneben in voller Höhe weiterbesteht.

Die herrschende Meinung[2] vertritt, m. E. mit Recht den Standpunkt, daß sich die den übrigen Eigentümern verbleibende Gesamthypothek um den Betrag der Teilhypothek vermindert, die dem ausscheidenden Eigentümer zugeteilt wird. Nach Ansicht von Lang[3] soll dagegen ein Eigentümer sich zwar allein die Teilhypothek zuteilen lassen können, zugleich aber an den übrigen

[1]) Vgl. Biermann, 4 zu § 1172, S. 386; Planck, 4 zu § 1172, S. 1007: RGRKomm., 3 zu § 1172, S. 636; Staudinger, 4 zu § 1172, S. 1315; Turnau-Förster, 3 zu § 1172, S. 945; Warneyer, Anm. zu § 1172, S. 441; Willenbücher, 2 zu § 1172, S. 220.

[2]) Vgl. Biermann, 2 zu § 1172, S. 566; Fuchs, 7 zu § 1172, S. 553; Hachenburg Vortr., S. 620; Vortr., S. 142; Kretzschmar, 3 zu § 1172, S. 562; RGRKomm., 2 zu § 1172, S. 632; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314; Turnau-Förster, 3 zu § 1172, S. 945.

[3]) Lang, S. 296.

Grundstücken die Gesamthypothek zum vollen Betrag weiterbestehen; er verlangt aber, wenn der nächste Eigentümer sein Recht aus § 1172 Abs. 2 geltend macht, für die Ermittlung des diesem zukommenden Teilbetrags, daß auch der Wert des Grundstücks in Betracht gezogen und in Rechnung gestellt wird, dessen Eigentümer zuerst die Zuteilung begehrt hat. Lang geht hierbei ohne Zweifel von einer falschen, insbesondere zu engen Auslegung des § 1132 Abs. 2 aus.

2. Zeitpunkt der Wertberechnung.

Der § 1172 Abs. 2 spricht für die sich nach §§ 1172 Abs. 1 und 1175 ergebende Gemeinschaft nicht nur die Zulässigkeit der Auseinandersetzung in Ansehung der bis dahin einheitlichen Gesamthypothek aus; er trifft auch eine Vorschrift über die Art der Auseinandersetzung, nämlich über die Größe der zuzuteilenden Einzeleigentümerhypotheken, bzw. deren Wertberechnung.

Hier ist vor allem die Beantwortung der Frage von Bedeutung, welcher Zeitpunkt für die Berechnung des Wertes des dem einzelnen Eigentümer zuzuteilenden Anteils an der Gesamthypothek maßgebend sein soll. Hierüber sagt der § 1172 Abs. 2 unmittelbar nichts aus.

Es kann und wird dem einzelnen Eigentümer nicht gleich sein, wie groß sein Anteil sich gestaltet. Zur Veranschaulichung diene folgendes Beispiel: Seit Entstehung der Eigentümer-Gesamthypothek bis zur Aufteilung sind bei den der Gesamthypothek vorgehenden Belastungen Veränderungen nicht eingetreten, ebenfalls nicht bei den einzelnen Grundstückswerten. Hier ergeben sich keine Schwierigkeiten. Sind aber in der Zwischenzeit auf einem Grundstück, etwa jenem, dessen Eigentümer die Ausscheidung verlangt, die Belastungen, die der Gesamthypothek im Range vorgehen, weggefallen, so kann es zum Streit über den maßgebenden Zeitpunkt kommen. Denn, soll der Zeitpunkt der Entstehung entscheiden, so müssen nach § 1172 Abs. 2 die Belastungen, die zu dieser Zeit auf dem Grundstück der Gesamthypothek im Range vorgehen, ihrem Werte nach bei der Teilung von dem Werte des Grundstücks abgezogen werden; es ist also der Wert des Grundstücks im Verhältnis zu den übrigen Grundstücken, und damit auch die darauf fallende Teilhypothek entsprechend kleiner, als wenn der Zeitpunkt der Teilung zugrunde zu legen ist. Im letzteren Falle besteht an dem einen Grundstück im Augenblick der Teilung keinerlei vorgehende Belastung mehr; als Wert dieses Grundstücks für die Verteilung nach § 1172 Abs. 2 wäre der volle Wert in Anschlag zu bringen; es würde sonach der Eigentümer des einen Grundstücks günstiger gestellt. Besonders stark tritt der Unterschied zutage, wenn das eine Grundstück im Zeitpunkt der Entstehung bereits bis zur Höhe seines Wertes oder gar noch darüber belastet war und die Belastungen später wieder weggefallen sind. Je nachdem, welchen Zeitpunkt man gelten läßt, erhält der Eigentümer nichts oder eine Teilhypothek. Noch verwickelter werden die Verhältnisse, wenn sich nicht nur die Vorbelastungen an einem Grundstück ändern, sondern auch an den übrigen, erst recht dann, wenn auch die Grundstückswerte einen Wandel mitmachen und mit den zuvor genannten Veränderungen zusammentreffen.

Im Schrifttum finden sich beide Ansichten vertreten: teilweise wird der Zeitpunkt der Entstehung, teilweise der Zeitpunkt der Teilung des Rechtes für die Auseinandersetzung als maßgebend erklärt.

a) Entstehung des Rechts.

Für den Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes treten u. a. Fuchs, Goldmann-Lilienthal, Kretzschmar, Lang, Lindemann-Sörgel, Meisner, Planck, Predari, der Kommentar von Reichsgerichtsräten, Siméon-David und Türcke ein.

Lang[4]) meint, daß die Vornahme der Zuteilung zu verschiedenen Zeitpunkten Schwierigkeiten mit sich bringt. Deshalb lehnt er es ab, den Wert zugrundezulegen, den die Grundstücke in den verschiedenen Zeitpunkten der Zuteilung haben; die Summe der Einzelhypotheken könnte sich unter Umständen mit dem Betrage der Gesamthypothek nicht decken. Es darf seiner Ansicht nach erst recht nicht der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem der erste Eigentümer die Zuteilung verlangt; denn die von dem einzelnen Eigentümer einseitig und willkürlich getroffene Wahl des Zeitpunkts kann nicht für die Anteilsrechte der übrigen von entscheidender Bedeutung sein. Er verlangt daher, daß man sich der Ansicht der zweiten Kommission anschließt, in der Einverständnis geherrscht hat, daß der Zeitpunkt der Entstehung der Gesamthypothek entscheiden soll[5]).

Fuchs[6]) stimmt insoweit mit Lang überein, als dieser in Anlehnung an die zweite Kommission den Zeitpunkt der Entstehung als maßgebend erachtet; er geht jedoch, unterstützt von Planck und Goldmann-Lilienthal[7]), weiter und sagt, um jeglichen Zweifel zu beseitigen, mit dem Zeitpunkt der Entstehung sei nur der Zeitpunkt gemeint, in dem die Gesamthypothek als gemeinschaftliches Recht den Eigentümern zufällt, also z. B. im Falle §§ 1172 Abs. 1, 1163 Abs. 1 Satz 2, wenn die Forderung erlischt.

Predari[8]) erachtet es als nicht im Sinne des Gesetzes gelegen, daß der Anteil bis zur Teilung ungewiß bleibt; nur durch die Annahme des Zeitpunkts der Entstehung möchte eine klare Rechtslage geschaffen und den Gemeinschaftern die Möglichkeit gegeben werden, den Wert des einem jeden von ihnen zufallenden Teiles alsbald wenigstens annähernd ziffermäßig festzustellen; so ergebe sich auch die Ausführbarkeit und praktische Bedeutung einer Verfügung über den Anteil vor der Teilung.

Kretzschmar[9]) meint: Die Annahme des obigen Zeitpunkts entspreche auch dem Gedanken, auf dem die Teilungsregel des § 1172 Abs. 2 beruhe, doch werde diese Frage nur ganz ausnahmsweise von Bedeutung sein, weil der einzelne Eigentümer mit der ungeteilten Gesamthypothek nichts anfangen könne und daher die Auseinandersetzung meist sofort erfolgen werde.

---

[4]) Vgl. Lang, S. 298.
[5]) Vg.. Protokolle 3, S. 628.
[6]) Fuchs, 7 zu § 1172, S. 553.
[7]) Vgl. Planck, 4e zu § 1172, S. 1009; Goldmann-Lilienthal, II § 80 III, S. 584.
[8]) Vgl. Predari, S. 447.
[9]) Vgl. Kretzschmar, 5 zu § 1172, S. 563.

Lindemann-Sörgel und Meisner [10]) halten die Ansicht der Kommission für richtig, weil nach der analog anwendbaren Vorschrift des § 733 Abs. 2 bei der Aufhebung einer Gesellschaft der Anteil der einzelnen Teilhaber am gemeinschaftlichen Rechte nach dem Wert zur Zeit der Einbringung des betreffenden Gegenstandes, bzw. der Entstehung der Gesellschaft, zu bemessen sei und der Zeitpunkt der Teilung die Größe der Anteile vom Zufall oder der willkürlichen Wahl der Beteiligten abhängig machen würde.

Der Reichsgerichtsrätekommentar [11]) begründet seine Ansicht folgendermaßen: Schon in diesem Zeitpunkt (d. h. dem Zeitpunkt der Entstehung) hatte jeder Eigentümer einen Anspruch auf Zuteilung des Teilbetrags, der sich aus dem Verhältnis der Grundstückwerte unter Abzug der der Gesamtgrundschuld im Range vorgehenden Belastungen ergibt. Dieser Anspruch kann ihm durch einseitige Maßnahmen der anderen Eigentümer, z. B. Löschungen vorgehender Belastungen auf ihren Grundstücken oder durch Veränderungen des Wertes, nicht mehr verkümmert werden.

b) Teilung des Rechts.

Vertreter der Ansicht, daß der Zeitpunkt der Teilung des Rechtes maßgebend sein soll, sind Biermann, Böhm, Brinck, Bruck, Crome, Gierke, Hachenburg, Kuhlenbeck, Maenner, Matthias, Oberneck, Staudinger, Turnau-Förster, Warneyer, Willenbücher und Wolff.

Staudinger [12]) fordert die Zugrundelegung des Zeitpunkts der Teilung insbesondere mit Rücksicht auf den Umstand, daß sich die Werte der einzelnen belasteten Grundstücke in der Zwischenzeit seit der Bestellung der Gesamthypothek häufig verändern und noch dazu in verschiedener Abstufung.

Im Ergebnis der gleichen Meinung ist Hachenburg [13]); er erklärt: Die Ansicht der Kommission könne nicht zutreffen; man käme sonst zu dem Ergebnis, daß sich der Eigentümer eine von ihm erworbene Hypothek einrechnen lassen müßte, selbst wenn diese nicht mehr bestehe; der § 1172 Abs. 2 enthalte aber die Auseinandersetzung einer Gemeinschaft und für diese entscheide ebenfalls der Wert im Augenblicke der Teilung; es sei auch nichts Schlimmes, wenn die Wertrelation nicht stets gleich bliebe.

Willenbücher und Bruck [14]) versuchen schließlich die Ansicht der Kommission mit einem Hinweis auf § 122 ZVG zu erschüttern; sie lassen aber eine eingehende Begründung für ihre eigenartige und sonst nirgends geteilte Ansicht vermissen.

Die übrigen Schriftsteller [15]) begnügen sich lediglich mit der Feststellung, daß der Zeitpunkt der Teilung maßgebend ist.

[10]) Vgl. Lindemann-Sörgel, 1 zu § 1172, S. 1113; Meisner, 3 zu §§ 1172, 1173, S. 259.
[11]) Vgl. RGRKomm., 4 zu § 1172, S. 632.
[12]) Vgl. Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314.
[13]) Vgl. Hachenburg, Vortr., S. 337.
[14]) Vgl. Willenbücher, 3 zu § 1172, S. 221; Bruck, S. 204.
[15]) Vgl. Biermann, 2 zu § 1172, S. 566; Böhm, III zu § 1172, S. 255; Brinck, S. 151; Crome, § 482 Anm. 34, S. 782; Gierke, § 167 VI, S. 941 Anm. 38; Kuhlenbeck, 4 zu § 1172, S. 809; Maenner, 14 zu § 1172, S. 451; Matthias, § 206 III A, S.

c) Eigene Stellungnahme.

Sieht man sich die Vertreter der beiden Ansichten näher an, so fällt eines auf: Die Schriftsteller, die sich bei der Frage der Rechtsnatur des Gemeinschaftsverhältnisses für die Bruchteilsgemeinschaft entschieden haben, sind — von wenigen Ausnahmen abgesehen — auch wieder diejenigen, die für die Wertberechnung der Anteile den Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes als maßgebend erklären. Auf der anderen Seite decken sich die Vertreter der Gemeinschaft zur gesamten Hand mit denen, die den Zeitpunkt der Teilung des Rechtes zugrundelegen. Dieses Zusammentreffen mag auf den ersten Blick zufällig erscheinen, ist es jedoch in Wahrheit nicht; es besteht vielmehr eine Abhängigkeit in der Streitfrage Gemeinschaftsverhältnis und Zeitpunkt der Wertberechnung.

So wird auch die eigene Stellungnahme zu dem gegenwärtigen Problem wie die der angeführten Schriftsteller durch die Annahme einer bestimmten Art von Gemeinschaft, hier der nach Bruchteilen, beeinflußt. Aus den gleichen Gründen, wie sie die Vertreter des Zeitpunktes der Entstehung des Rechtes anführen, erachte ich mit der zweiten Kommission diesen Zeitpunkt als maßgebend.

Denn, wenn man, wie bei der Bruchteilsgemeinschaft, eine Verfügung des einzelnen Eigentümers über den Anteil an der Gesamthypothek zulassen muß, dann ist stets Erfordernis, daß dieser Anteil auch jederzeit größenmäßig feststeht und nicht erst durch eine Auseinandersetzung zu bestimmen ist. Gerade dieser Gesichtspunkt wird von den Vertretern der Bruchteilsgemeinschaft, wenn auch nicht immer mit dem nötigen Nachdruck betont, so doch oft berührt. Man muß daher zu dem Ergebnis gelangen, daß die Beantwortung der Frage nach dem Gemeinschaftsverhältnis und dem Zeitpunkt der Wertberechnung untrennbar miteinander zusammenhängen.

Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand ist dieser Zusammenhang auch einmal sehr scharf beleuchtet, nämlich bei Gierke[16]), der sagt, es bestehe eine Gemeinschaft nach Wertanteilen, die sich durch Änderung des Grundstückswerts oder durch Wegfall von Vorbelastungen verschieben.

Nicht zuletzt verweisen die Vertreter der Gemeinschaft nach Bruchteilen und des Zeitpunkts der Entstehung auf die Ansicht der Kommission. Es ist dies immerhin die Ansicht des Gesetzgebers und man wird nicht fehlgehen, ihr auch heute noch zu folgen, zumal kein Grund aus dem Gesetz ersichtlich ist, der eine andere Einstellung rechtfertigen könnte.

Auch der gegen die Annahme des Zeitpunkts der Teilung vorgebrachte Einwand, daß in diesem Falle die Größe der Anteile vom Zufall und der Willkür abhängen würde, ist nicht von der Hand zu weisen, besonders wenn man berücksichtigt, daß jeder Eigentümer die Zuteilung zu verschiedenen Zeitpunkten beantragen kann. Sowohl das Interesse der Rechts- und Verkehrs-

535; Oberneck, § 151 Ziff. 7, S. 891; Turnau-Förster, 3 zu § 1172, S. 945; Warneyer, zu § 1172, S. 441; Wolff, § 148 VII, S. 552.

[16]) Vgl. Gierke, § 167 VI, S. 943, Anm. 38.

sicherheit als auch die allgemeine Gerechtigkeit verwirft eine Regelung, die Willkür und Zufall eine solche entscheidende Bedeutung beimessen würde.

Dem entgegen sehen es die Vertreter der Gemeinschaft zur gesamten Hand und des Zeitpunkts der Teilung des Rechtes als unbillig an, den einzelnen Eigentümer, der sich bemüht habe, sein Grundstück von Belastungen zu befreien, bei einer Aufteilung unter Umständen vollkommen leer ausgehen zu lassen, während andernfalls auch die früher einmal vorhandenen Belastungen immer noch abzuziehen wären. Vom Standpunkt des einzelnen Eigentümers aus betrachtet, ist der oben aufgezeigte Einwand zweifelsohne richtig. Es ist jedoch zu bedenken, daß bei Zugrundelegung des Zeitpunkts der Teilung im gleichen Maße die anderen Eigentümer der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke benachteiligt würden; ihr Anteil würde einem ständigen Wechsel unterworfen sein, besonders dann, wenn viele Grundstücke an der Gemeinschaft beteiligt sind. Und schließlich wäre auch der Kreditverkehr auf eine unsichere Grundlage gestellt, da die Haftungsobjekte sich ständig in ihrem Werte ändern würden. Diese Folge mußte sich der Eigentümer, wenn er sich schon der Haftung unterwerfen wollte, vorher vergegenwärtigen.

Auch die Heranziehung des § 122 ZVG, deren sich Willenbücher und Bruck bedienen, um die Ansicht der zweiten Kommission zu widerlegen, ist verfehlt. Der § 122 ZVG betrifft den Fall, daß mehrere für den Anspruch eines Beteiligten haftende Grundstücke in demselben Verfahren versteigert worden sind. Hier verteilt das Vollstreckungsgericht Gesamtrechte auf die den einzelnen haftenden Grundstücken entsprechenden Einzelerlöse oder auf die nach § 112 ZVG ermittelten Einzelmassen, falls der Gläubiger nicht selbst eine andere Verteilung nach § 1132 Abs. 1 Satz 2 getroffen hat. Hierbei wird der Betrag der Ansprüche abgezogen, die dem Anspruch des Beteiligten vorgehen[17]). Diese Art der Verteilung stellt sich als eine besondere Zwangsmaßnahme dar, einer Ersatzvornahme (mit Bindung für die Beteiligten) vergleichbar. Eine analoge Anwendung aber auf den Fall des § 1172 Abs. 2 ist nicht angängig.

Maßgebend ist also der Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes.

Gegen die Ansicht von Fuchs, Goldmann-Lilienthal und Planck[18]), daß unter dem Zeitpunkt der Entstehung der Gesamthypothek der Zeitpunkt gemeint sei, in dem die Gesamthypothek in der Hand der mehreren Eigentümer entsteht, bzw. diesen zufällt, je nachdem anfängliche oder nachträgliche Eigentümerhypothek vorliegt, wird nichts einzuwenden sein. Sie drücken damit das gleiche aus wie der Reichsgerichtsrätekommentar[19]), der vom Zeitpunkt der Entstehung der Gesamtgrundschuld spricht, was bei vernünftiger Auslegung auch die übrigen Kommentare meinen.

---

[17]) Abgezogen wird der Betrag der Ansprüche, die als dem Gesamtgläubiger vorgehend im Teilungsplan berücksichtigt worden sind.
Darüber, welche Rechte hier zu berücksichtigen sind, vgl. ZVG § 114. Wegen der Rangfolge siehe ZVG §§ 10 ff. Der Zeitpunkt ergibt sich hier aus § 114 ZVG.
[18]) Fuchs, 7 zu § 1172, S. 553; Planck, 4 e zu § 1172, S. 1009; Goldmann-Lilienthal, S. 584.
[19]) Vgl. RGRKomm., 1 zu § 1172, S. 636.

3. Abzuziehende Belastungen.

Der § 1172 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß der Wert der einzelnen, der Gesamthypothek unterliegenden Grundstücke unter Abzug der Belastungen berechnet wird, die der Gesamthypothek in dem für die Wertberechnung maßgebenden Zeitpunkt im Range vorgehen.

Zu den abzuziehenden Belastungen gehören in erster Linie vorgehende Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, auch Sicherungs- und Gesamthypotheken, also alle Grundstücksbelastungen, die in der dritten Abteilung des Grundbuchs eingetragen sind. Ob die Belastungen einem Fremdgläubiger oder dem Eigentümer selbst zustehen, d. h. ob Fremd- oder Eigentümerhypothek vorliegt, macht hierbei keinen Unterschied[20]). Gesamthypotheken sind zu ihrem vollen Betrag abzuziehen[21]); denn bei ihnen muß sich jeder Eigentümer gefallen lassen, daß die Gesamthypothek ihm gegenüber zum vollen Austrage gelangt. Ferner gehören hierher die in der zweiten Abteilung des Grundbuchs eingetragenen Rechte[22]), soweit durch sie der Grundstückswert gemindert wird. Auch Grundstücksbelastungen, die nicht im Grundbuch eingetragen sind, also außerhalb desselben bestehen, sind abzugsfähig (z. B. Überbau- und Notwegrenten: §§ 914 Abs. 2 Satz 1, 917 Abs. 2)[23]).

Hat der persönliche Schuldner, wenn er den Gläubiger befriedigt oder sich bei der Gesamthypothek Forderung und Schuld in einer Person vereinigen, nur Anspruch auf Teilersatz und diesen nur gegen einen oder mehrere der mithaftenden Eigentümer, so greift § 1174 Abs. 2 Platz. Die Gesamthypothek geht nur an dem Grundstück des oder der ersatzpflichtigen Eigentümer, und zwar in Höhe des Ersatzanspruches, auf den persönlichen Eigentümer über; der freibleibende Rest der Gesamthypothek fällt den Eigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1172 Abs. 1). Kommt es zu einer Auseinandersetzung in Ansehung der gemeinsamen Eigentümer-Gesamthypothek, so muß sich hier der ersatzpflichtige Eigentümer den Betrag der Hypothek, der dem persönlichen Schuldner zugefallen ist, auf seinen eigenen Anteil anrechnen lassen, d. h. sein sich errechnender Anteil an der Gesamthypothek mindert sich zugunsten der anderen mitberechtigten Eigentümer um den Betrag der Teilhypothek des persönlichen Schuldners (§ 1174 Abs. 2)[24]).

Vormerkungen sind nach herrschender Meinung[25]) ebenfalls ab Abzüge

[20]) Hierin zeigt sich im übrigen die praktische Bedeutung der Eigentümerhypothek.

[21]) Vgl. Lang, S. 299; RGRKomm., 4 zu § 1172, S. 637.

[22]) Vgl. Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314; Turnau-Förster 4 zu § 1172, S. 946; Türcke, 7 zu § 1172, S. 328.

[23]) Vgl. Biermann, 2 zu § 1172, S. 566 („ . . . im Range vorgehende — eingetragene oder nicht eingetragene — Belastungen . . ."); Fuchs, 7 zu § 1172, S. 553; Brinck, S. 151; Bruck, S. 204; Goldmann-Lilienthal, II § 80 III, S. 586 Anm. 71; RGR-Komm., 4 zu § 1172, S. 637; Turnau-Förster, 3 zu § 1172, S. 945; Willenbücher. 3 zu § 1172, S. 220 („Die außerhalb des Grundbuchs bestehenden Belastungen"),

[24]) Vgl. Planck, 4 zu § 1174, S. 1018; RGRKomm., 3 zu § 1174, S. 642; Staudinger. 2d zu § 1174, S. 1321; Turnau-Förster, 2 zu § 1174, S. 956; Warneyer, Anm, zu § 1174, S. 444.

[25]) Vgl. Biermann, 2c zu § 1172, S. 385; Böhm, III zu § 1172, S. 256; Fuchs, 7 zu

zu berücksichtigen, wenn sie zur Sicherung von Ansprüchen dienen, die bei ihrer Durchführung das Grundstück belasten. Der Reichsgerichtsrätekommentar [26]) drückt sich in der Weise aus: „Vormerkungen sind als bedingte Belastungen zu berücksichtigen unter Vorbehalt anderweitiger Berechnung des Teilbetrags, falls der gesicherte Anspruch sich als unbegründet erweist."

Nicht abzugsfähig sind Rangvorbehalte im Sinne des § 881, da sie keine Grundstücksbelastungen darstellen [25]).

Zur Erläuterung des Vorgetragenen diene folgendes Beispiel:

Vorhanden sind 4 Grundstücke: A, B, C, D mit den Werten 40 000, 60 000, 50 000 und 20 000 RM. Sie sind belastet mit einer Gesamthypothek im Betrag von 20 000 RM. Durch Verzicht des Gläubigers auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken fällt diese den Eigentümern gemeinschaftlich zu (§ 1175 Abs. 1 Satz 1). In diesem Zeitpunkt gehen der nunmehrigen Eigentümer-Gesamthypothek im Range vor: auf A eine Hypothek zu 10 000 RM., auf B eine Grundschuld zu 15 000 RM. und eine Eigentümerhypothek zu 5 000 RM., auf C eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer Hypothek zu 20 000 RM., auf C und D ferner eine Gesamthypothek zu 10 000 RM. Schließlich ist auf D bei der Gesamthypothek zu 20 000 RM. ein Rangvorbehalt zu 10 000 RM. eingetragen.

A	B	C	D
(40 000 RM.)	(60 000 RM.)	(50 000 RM.)	(20 000 RM.)
I) 10 000	I) 15 000	I) Vormerkung für 20 000	
	II) 5 000	II) 10 000 G	I) 10 000 G
II) 20 000 G	III) 20 000 G	III) 20 000 G	II) 20 000 G mit Rangvorbehalt zu 10 000 RM.

Nunmehr kommt es zu einer Auseinandersetzung in Ansehung der Eigentümer-Gesamthypothek zu 20 000 RM.

Der Wert, der sich gemäß § 1172 Abs. 2 errechnet, ist für Grundstück A: 30 000 RM., B: 40 000 RM., C: 20 000 RM. und D: 10 000 RM. für sämtliche Grundstücke zusammen also 100 000 RM.

Es trifft somit auf den Eigentümer des Grundstücks A eine Teilhypothek von 6 000 RM., B eine solche von 8 000 RM., C 4 000 RM., und D 2 000 RM., zusammen 20 000 RM., was dem Werte der Gesamthypothek entspricht.

---

§ 1172, S. 553; Planck, 4a zu § 1172, S. 1008; RGRKomm, 4 zu § 1172, S. 632; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314; Turnau-Förster, 4 zu § 1172, S. 946; Warneyer, zu § 1172, S. 441; And. M. Gierke, S. 941.

[26]) Vgl. RGRKomm., 4 zu § 1172, S. 637.

Bei der Verteilung nach § 1172 Abs. 2 sind die Vorschriften der §§ 875 und 876 zu beachten. Zur Löschung der Rest-Gesamthypothek auf dem ausscheidenden Grundstück und zur Löschung der Teilhypothek auf den nicht ausscheidenden Grundstücken bedarf es der grundbuchmäßigen Löschungsbewilligung der Eigentümer. Ist die Gesamthypothek mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist auch noch dessen Zustimmung erforderlich.

4. Abweichende Vereinbarungen.

Die Teilungsregel des § 1172 Abs. 2, ist, wie aus dem Gesetzeswortlaut hervorgeht („ . . . sofern nicht ein anderes vereinbart ist . . ."), dispositiver Natur, d. h. sie tritt nur ein, wenn andere Vereinbarungen von den Beteiligten nicht getroffen worden sind.

Andere Abreden können beliebig eingegangen werden. Ausgenommen ist jedoch eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Gesamthypothek auf jedem der Grundstücke zu ihrem vollen Betrage zu stehen kommt; dies selbst dann nicht, wenn keine weiteren Rechte Dritter gleichstehen oder nachfolgen; denn hierin ist auf jeden Fall eine unzulässige Vervielfältigung der Gesamthypothek zu erblicken [27]).

Eine Abrede, die von der gesetzlichen Teilungsregel abweicht, bedarf, falls sie im voraus, d. h. vor dem Übergange der Gesamthypothek auf die Eigentümer, getroffen wurde, der Eintragung im Grundbuch, um Rechtswirksamkeit gegen dritte Rechtsnachfolger im Eigentum der Grundstücke zu erlangen; andernfalls hat sie nur obligatorische Wirkung unter den Parteien. Den der Gesamthypothek im Range nachfolgenden Berechtigten gegenüber ist eine derartige Maßnahme nicht erforderlich. Sie müssen stets gewärtig sein, daß ihnen gegenüber die Gesamthypothek zum vollen Betrag ausgetragen wird, und erleiden durch eine von der gesetzlichen Teilungsregel abweichende Vereinbarung keine weitergehende Beeinträchtigung.

Über die Notwendigkeit und Zulässigkeit der Eintragung besteht, von wenigen Ausnahmen abgesehen, Einigkeit; dagegen herrscht Streit über deren Form. Die einen wollen die Eintragung in der Form einer Vormerkung gesichert wissen, während andere diese grundbuchrechtliche Form nicht für notwendig erachten.

So verlangt vor allem Planck [28]), auf den sich wieder eine Reihe anderer Schriftsteller [29]) bezieht, die Eintragung einer Vormerkung, wenn die Vereinbarung zeitlich vor dem Übergang der Gesamthypothek auf die Eigentümer liegt. Er stützt sich hierbei nicht auf die allgemeine Vorschrift des § 883,

---

[27]) Vgl. Protokolle, 3, S. 628; ferner Biermann, 2 zu § 1172, S. 566; Böhm, III zu § 1172, S. 254; Fuchs, 5 zu § 1172, S. 553; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314; Turnau-Förster, zu § 1132, S. 769.

[28]) Vgl. Planck, 4e zu § 1172, S. 1009.

[29]) Vgl. Biermann, 2 zu § 1172, S. 566; Bruck, S. 204; Oberneck, § 151 Ziff. 7, S. 891; Predari, S. 447; Sekler, S. 49 ff.; Turnau-Förster, 2 zu § 1172, S. 994; Willenbücher, 4 zu § 1172, S. 220.

sondern verwendet die Sondervorschrift des § 1179. Danach soll die Vereinbarung als Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung des Rechtes der Eigentümer an der Gesamthypothek eingetragen werden. Warneyer[30]), der zu dem gleichen Ergebnis wie die Vorgenannten gelangt, verlangt die Eintragung in unmittelbarer oder analoger Anwendung des § 1179.

Gegen die Eintragung einer Vormerkung sprechen sich insbesondere Staudinger und Kretzschmar[31]) aus. Staudinger sagt nur, es erscheine kein Grund gegeben, weshalb eine derartige Vereinbarung gerade in die Form einer Vormerkung „gepreßt" werden sollte. Kretzschmar fordert wohl auch die Eintragung der Vereinbarung und bezieht sich wegen deren Form auf Planck und die Protokolle[32]), meint aber, die Eintragung einer Vormerkung würde unzulässig sein. Eine besondere Vorschrift, durch welche die Eintragung zugelassen werde, sei auch gar nicht erforderlich; es genüge, daß das Gesetz besondere Vereinbarungen zulasse. Daraus folge von selbst, daß derartige Vereinbarungen auch eingetragen werden können, um ihnen dingliche Wirkung zu verschaffen; einer Vormerkung bedürfe es aber nicht.

Beim Reichsgerichtsrätekommentar[33]), der für die vor Entstehung der Eigentümer-Gesamtgrundschuld getroffene Vereinbarung sowohl die Eintragung einer Vormerkung als auch die Eintragung überhaupt ablehnt, heißt es: Eine vor Entstehung der (Eigentümer-)Gesamtgrundschuld getroffene Vereinbarung wirkt nur unter den Beteiligten, nicht auch gegenüber Sondernachfolgern im Eigentum. Eine Eintragung der Vereinbarung bei der Hypothek, an der den Eigentümern zu dieser Zeit noch kein Recht zusteht, ist unzulässig. Der Anspruch der einzelnen Eigentümer aus der Vereinbarung kann auch nicht durch Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, da er nicht unter § 883 fällt. Insbesondere ist er, was allein in Frage kommen könnte, nicht als ein bedingter Anspruch auf teilweise Aufhebung eines Rechts am Grundstück anzusehen. Zu dem gleichen Ergebnis, aber mit anderer Begründung, gelangt Fuchs[34]). Nach dessen Ausführungen wirken Abreden, welche die Eigentümer vor dem Heimfalle der Gesamthypothek über die Art der Teilung treffen, auch ohne Eintragung für und gegen Sondernachfolger im Eigentum. Eine dem § 1010 entsprechende Eintragungspflicht besteht nicht. Niemand kann sich darauf berufen, daß er mit dem gesetzlichen Teilungsmodus gerechnet habe; denn dieser gilt nur, soweit eben nichts anderes vereinbart ist.

Bei der Lösung der aufgezeigten Streitfrage ist m. E. von dem das Liegenschaftsrecht leitenden Offenheitsgrundsatz (Publizitätsprinzip) auszugehen, der sich materiellrechtlich in dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs äußert. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs verlangt aber im Hinblick auf die den rechtsgeschäftlichen Verkehr beherrschende Fiktionswirkung des § 892, daß eine vor dem Übergange des Grundpfands auf die Eigentümer getroffene Ver-

[30]) Vgl. Warneyer, zu § 1172, S. 441.
[31]) Vgl. Kretzschmar, 4 zu § 1172, S. 562, 563; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314.
[32]) Vgl. Protokolle 3, S. 724, 725.
[33]) Vgl. RGRKomm., 3 zu § 1172, S. 636.
[34]) Vgl. Fuchs, 8 zu § 1172, S. 554.

einbarung, die von der gesetzlichen Teilungsregel abweicht, im Grundbuch eingetragen wird. Denn, wenn auch das Verhältnis des einzelnen Eigentümers zu dem Gläubiger von einer Vereinbarung im vorgenannten Sinne unberührt bleibt, so ist es doch dem Erwerber eines mit einem Gesamtgrundpfand belasteten Grundstücks nicht gleichgültig, in welchem Maße er im Verhältnis der Eigentümer zueinander berechtigt und verpflichtet ist. Sind aber beim rechtsgeschäftlichen Übergang des Eigentums keine Eintragungen vorhanden, so kann der Erwerber geltend machen, es bleibe beim Teilungsverhältnis des § 1172 Abs. 2. Aus dem hier Dargelegten ergibt sich ohne weiteres die Unhaltbarkeit der Ausführungen von Fuchs.

Wegen der Form der Eintragung ist zu beachten, daß zur Zeit der Vereinbarung den Eigentümern keinerlei Recht, sondern nur eine Anwartschaft auf das Gesamtgrundpfand zusteht. Betroffen wird ein künftiges Recht. Eine Eintragung der Vereinbarung bei dem Gesamtgrundpfandrecht ist danach ausgeschlossen. Wohl aber kann der sich aus der Vereinbarung ergebende Anspruch der einzelnen Eigentümer auf Änderung der gesetzlichen Teilungsregel im Wege einer Vormerkung gesichert werden. Einschlägig ist hier allerdings nicht § 883; vielmehr kommt § 1179 in Betracht. Dort wird die Vormerkung zur Sicherung eines Löschungsanspruchs bereitgestellt, der sich auf eine künftig erst entstehende Eigentümergrundschuld bezieht. Es besteht kein Hinderungsgrund, diese Vorschrift entsprechend auf den vorliegenden Fall anzuwenden, wie es in der Tat von den meisten Schriftstellern vorgeschlagen ist. Die gegenteilige Stellungnahme von Staudinger und Kretzschmar entbehrt einer eigentlichen Begründung. In den Ausführungen des Reichsgerichtskommentars aber ist § 1179 außer acht gelassen.

Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Vereinbarung eines von der Regelung des § 1172 Abs. 2 abweichenden Teilungsverhältnisses nach dem Übergang des Gesamtgrundpfandrechtes auf die Eigentümer getroffen wird. Die Vereinbarung wirkt zunächst nur unter den Eigentümern. Dingliche Wirksamkeit gegenüber Nachfolgern im Eigentum kann ihr erst zukommen, wenn sie gemäß §§ 877, 873 bei dem Eigentümer-Gesamtgrundpfandrecht eingetragen ist[35]).

[35]) Vgl. Brinck, S. 151; Fuchs, 8 zu § 1172, S. 552; Planck, 4e zu § 1172, S. 1007; RGRKomm., 3 zu § 1172, S. 636; Staudinger, 3 zu § 1172, S. 1314; Turnau-Förster, 3 zu § 1172, S. 945.

Lebenslauf.

Am 3. Dezember 1912 wurde ich zu Düsseldorf als Sohn des Schneidermeisters Carl Horbach und seiner Ehefrau Maria geb. Trabert geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule zu Würzburg trat ich im Frühjahr 1923 zur Oberrealschule in Würzburg über, an der ich im Jahre 1932 die Reifeprüfung ablegte. Nach siebensemestrigem Studium der Rechte an der Universität zu Würzburg — SS. 1932 mit SS. 1935 — bestand ich am 22. Oktober 1935 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Nürnberg die erste juristische Staatsprüfung.

Bernhard Horbach
Gerichtsreferendar.